

DEMOLICIÓN, REPOSICIÓN, RESPONSABILIDAD CIVIL Y COMISO EN LOS DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO: EL APDO. 3º ART.319 CP (conforme a la LO 5/2010, de 22 de junio)

Elena M^a. Górriz Royo

Profesora titular de Derecho penal
Universidad de Valencia

Resumen: En esta investigación se analizan determinados institutos aplicables a los delitos sobre la Ordenación del Territorio y previstos en el apdo.3º art.319 CP. Dicho apartado ha sido reformado por la LO 5/2010 de 22 de diciembre, de modo que antes de esta reforma ya se preveía la demolición de edificios, y la indemnización por daños a terceros, y tras la citada reforma se contemplan además la posibilidad de restauración del suelo afectado a su situación física original y un específico comiso. Por consiguiente, la introducción de estas medidas junto a las ya existentes, hace plantearse numerosas dudas acerca, principalmente, de la naturaleza jurídica de las mismas y su ámbito de aplicación. Cuestiones a las que principalmente este trabajo trata de dar respuesta, sobre la base muy especialmente de la práctica judicial y las propuestas doctrinales existentes al respecto.

Recibido: octubre 2010. Aceptado: octubre 2010

Palabras clave: Demolición, restitución, delitos sobre la ordenación del territorio, urbanismo, responsabilidad civil “ex delicto”, reparación, indemnización, comiso.

Abstract: In this research is analyzed certain institutes established in paragraph 3º of the article 319 of the Spanish Penal Code, which are applicable to the crimes against the urban planning. This paragraph was reformed by LO 5/2010 of 22 of December, so that before this reform it only contained references to the demolition of buildings and compensation of damages to third persons. However after this reform it is also possible to restore the land until it came back as it was physically at the beginning. Finally it is also established the specific institution of the confiscation. Therefore, these new measures, besides the other ones which already existed, have created a lot of doubts about, mainly, the *legal nature* of them and their *field of application*. They are the main questions that this research tries to solve, on the basis, specially, of the recent jurisprudence and the last proposals of the academic writers.

Keywords: Demolition, restitution, crimes against the zoning, offences against the urban planning, land and town planning, civil liability “ex delicto”, reparation, compensation, confiscation.

Sumario: 1.- Planteamiento. 2.- Aproximación a los delitos del art.319 CP, tras la LO 5/2010 de reforma del CP. 3.- Responsabilidad civil derivada de los delitos del art.319 CP: a) Consideraciones generales respecto de la responsabilidad civil: a.I.- Breve referencia al marco procesal y al régimen jurídico sustantivo. b) Medidas integrantes de la responsabilidad civil derivada de los delitos contra la “Ordenación del territorio”: b.I.- La indemnización b.II.- Terceros de buena fe. b.III- El responsable civil por los delitos del art.319 CP. 4.- La medida de reposición a su estado originario de la realidad física alterada (art.319.3 CP) y medidas comunes al Título XVI (arts.339 y 340 CP). 5.- La demolición del apartado 3º art.319 CP: a) Introducción; b) Configuración en el ámbito administrativo c) Ámbito de aplicación d) ¿Carácter obligatorio o facultativo de la demolición? e) Naturaleza jurídica 6.- El comiso del apartado 3º art. 319 CP. 7.- A modo de conclusión.

1. Planteamiento

La aplicación de los delitos sobre la Ordenación del Territorio ha estado lastrada, desde su introducción en el Título XVI del

vigente Código penal (en adelante, CP de 1995), por multitud de dificultades en la interpretación de la mayoría de sus elementos; si bien, una vez apaciguada la polémica acerca de los *sujetos activos y las remisiones normativas*, en los últimos tiempos aquellas dificultades han ido referidas a una serie de medidas de innegables efectos contramotivadores. Concretamente, me refiero a las *medidas de demolición, de reposición al estado físico originario y de comiso, a cuyo estudio pretende ir dirigido este trabajo*. Y ello no sólo porque, hasta la fecha, han sido escasamente tratadas —y de ahí los problemas para su interpretación—, sino también por la previsión de las mismas en la *L.O. 5/2010, de 22 de junio, de Reforma por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* (BOE de 23 de junio de 2010). *En concreto, aparecen en el apartado 3º del art.319 CP en su redacción tras la citada reforma*. En el mismo precepto se sigue aludiendo a las “indemnizaciones debidas a terceros de buena fe” de modo que también se precisa *examinar los casos en que, de la comisión de alguno de los delitos del art.319 CP, se derive responsabilidad civil por daños y perjuicios* y, por ende, el contenido de la misma.

Así las cosas el estudio aquí abordado se ha estructurado como sigue: a modo de *introducción* de estas cuestiones, se realizará un acercamiento a los delitos *del art.319 CP*. Si bien centrado en los aspectos que demanda el análisis del apartado 3º, como son, el *bien jurídico* y la *conducta típica*¹, así como en las novedades introducidas por la *LO 5/2010, de 22 de junio (en adelante, LO 5/2010)*. En el siguiente apartado, se estudiará, genéricamente, el *instituto de la responsabilidad civil “ex delicto”*, para comprobar en qué medidas puede traducirse respecto a los delitos del art.319 CP. A continuación, se analizará qué posibilidades puede haber de adoptar la nueva *medida de restitución del suelo, o lugar afectado*, hasta devolverlo a su estado original, prevista

1 En relación con el resto de elementos del delito vid. mi trabajo, *Protección penal de la Ordenación del Territorio*. Valencia, 2003, en especial, págs. 863 y ss.

en el *apdo.3º art. 319 CP*. De modo que, habrá que dilucidar la relación de ésta con otras ya preexistentes en las disposiciones comunes al Título XVI o incluso con la demolición. Precisamente este último instituto previsto en el *apartado 3º art.319 CP*, será objeto de estudio en el *quinto apartado* del trabajo, tratando de abordar cuestiones como cuál sea su *naturaleza, ámbito de aplicación o relaciones* con el derribo del ámbito administrativo. Por último, se abordará la posibilidad de aplicar el **instituto del comiso**, debiéndose dilucidar bajo qué presupuestos admitirlo en los términos que se ha introducido por la *LO 5/2010*, en el *art.319 CP apdo.3º in fine*.

2. Aproximación a los delitos del art.319 CP. tras la L.O. 5/2010 de reforma del CP.

Con la entrada en vigor de la *L.O. 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código penal* se modifica por primera vez el Capítulo I del Título XVI del Código penal,² donde se albergan los delitos que nos ocupan. De un análisis global, cabe extraer que *dicha reforma ha ampliado y adelantado la intervención penal en la Ordenación del territorio*. Interesa analizar muy brevemente esta legislación a fin de mejor enfocar el estudio del apartado 3º del art. 319.3 CP. Como es sabido la introducción en nuestro país de los delitos sobre la Ordenación del territorio, no se produjo hasta en CP de 1995.

Desde entonces la «ordenación del territorio», fue considerada nominalmente y según doctrina mayoritaria el **bien jurídico protegido** por los delitos de los arts.319 y 320 del Código penal de 1995. Sin embargo, la LO 5/2010 introduce una referencia al “urbanismo” en la rúbrica del Título XVI y del Capítulo I, de modo que según la Exposición de Motivos, se hace con el propósito de explicitar junto con la ordenación del territorio, el

2 Vid. *in extenso* GÓRRIZ ROYO, E., “Los delitos sobre la ordenación del territorio: arts.319 y 320 CP” en ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUS-SAC, *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, Valencia, 2010, págs. 367 a 383.

urbanismo como objeto de tutela. Ello plantea si el bien jurídico es el mismo que se protegía antes de la reforma, o ahora se ha ampliado a un segundo objeto de tutela. Pues bien, dado que en el concepto más amplio de “ordenación del territorio” se integra, en sentido descendente, el “urbanismo” el bien jurídico tutelado en estos delitos sigue siendo, a mi modo de ver, la “Ordenación del territorio”, si bien ahora con un contenido más amplio. Dicho contenido ha tratado de delimitarse, ante todo, desde dos posturas: las *formales*³ y las *materiales*.⁴ Más allá de analizarlas cabe concluir afirmando que, en estos delitos, se tutela *algo más* que la mera legalidad urbanística —sea estatal, autonómica o local—, pues también la normativa administrativa responde a intereses que ahora el Derecho penal ha decidido proteger. Por todo ello entiendo que cabe delimitar un bien jurídico *susceptible, digno y necesitado* de tutela penal, acorde a los postulados de *fragmentariedad, subsidiariedad* y “*ultima ratio*”. De suerte que, a través del art.319 CP se protegería, a mi juicio, el *uso racional del recurso natural “suelo”* como medio para así preservar la *calidad de vida de sus habitantes* (art.45 CE y 47 CE).⁵ Asimismo, la agresión que comportan estos delitos consistiría en una *lesión a dicho bien jurídico*, de modo que tal ofensa implicaría una explotación *irracional del uso del suelo* en tanto ya no permitiría destinar este recurso natural al destino que le corresponde legalmente, conforme a su naturaleza.⁶

-
- 3 Se caracterizan, a grandes rasgos, por interpretar que el interés protegido en el art.319 CP es el mero cumplimiento de la normativa administrativa urbanística (vid. LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*. Madrid, 1996). Esta concepción conduciría a admitir que en el art.319 CP se tutelan meros ilícitos formales, puras infracciones de la normativa administrativa a las que el Derecho penal serviría de refuerzo.
 - 4 En líneas generales, son teorías que delimitan el bien jurídico del art.319 CP en atención a los intereses derivados de los objetos materiales allí previstos: valores medioambientales, paisajísticos, históricos, artísticos, etc. (vid. ACALE SÁNCHEZ, M., *Delitos urbanísticos*, Barcelona, 1997, *passim*).
 - 5 Vid. GÓRRIZ ROYO, E., *Protección penal de la Ordenación del Territorio*. Op.cit., págs. 584 a 591.
 - 6 Sobre esta concepción normativa de la lesión vid. GÓRRIZ ROYO, *Protección penal...* Op.cit.págs.680 a 691, en especial, pág.684. Vid. ACALE

Por otra parte la caracterización teórica del bien jurídico, “Ordenación del Territorio” como “*colectivo*”, *social o supraindividual*, conlleva identificar el **sujeto pasivo** de los delitos que nos ocupan, con la *colectividad o sociedad en su conjunto*. Este entendimiento tiene implicaciones en el ámbito procesal, porque lo usual será que ostente la *legitimación activa* para ejercer la acción penal contra los autores de estos delitos, el Estado; sin perjuicio de que, en su caso, pueda haber otros sujetos que ejerzan dicha acción por vía de la *acusación particular*. Esta interpretación condiciona además el círculo de los *posibles perjudicados*, a efectos de exigir responsabilidad civil derivada del delito, que no coincidirán, en todo caso, con el citado *sujeto pasivo*. Si bien, como veremos, también puede haber perjudicados por la *medida* de demolición, como son los *terceros de buena fe* del art.319.3 CP.

Sentado el bien jurídico y sujeto pasivo, las nuevas **conductas típicas** descritas en el art.319 1 y 2 CP, son, según la redacción dada por L.O. 5/2010, las siguientes:

-En el **apdo.1º** se castiga: llevar a cabo “obras de urbanización, construcción o edificación...” *no autorizables en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público, o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección*.

- En el **apdo.2º** se conmina: **llevar a cabo** “obras de urbanización, construcción o edificación...” *no autorizables en suelo no urbanizable*.

En primer lugar, ha de destacarse que tras la reforma operada por LO 5/2010, dichas conductas han experimentado una doble modificación: de un lado, se han ampliado por cuanto ahora consisten en “...llevar a cabo obras de urbanización, construcción o edificación...” introduciéndose, por tanto, la referencia a “obras de urbanización”. De otro, se han equiparado las acciones típicas

SÁNCHEZ, M., *Delitos urbanísticos...* Op.cit.págs. 303 a 305. BOLDOVA PASAMAR, M.A., *Los delitos urbanísticos*, Barcelona, 2007, pág.96.

de los delitos previstos, pues son las mismas en los apdos.1º y 2º del art.319 CP y se ha extendido la remisión “no autorizables” a ambos delitos. Por consiguiente, *la principal diferencia entre ellos radica en el objeto material, es decir, en que afectan a suelos y lugares diferentes.*

Volviendo a la **acción típica**, del apdo.1º y 2º del art.319 CP, es compleja, pues consiste en *llevar a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables*. Así, el verbo típico “llevar a cabo” significa gramaticalmente, tanto *ejecutar* como *concluir* una cosa. En la doctrina penal se ha interpretado en el primer sentido, de modo que para la *consumación* de estos delitos basta el mero inicio de la obra sin necesidad de que esté acabada. Por tanto, antes de la reforma de 2010, existía consenso para admitir que estábamos ante **delitos de mera actividad** y no de resultado.⁷ Y lo mismo se puede seguir afirmando tras su entrada en vigor, porque sigue sin ser necesario concluir cualquiera de aquellas obras para considerar consumado este delito. Así pues sí, en su caso, se concluyen construcciones, edificaciones u urbanizaciones, éstas serían *consecuencias materiales* de la *acción típica*; pero no el resultado típico.

Por último, conviene referirnos a las *clases de obras* del art.319 CP, pues a raíz de la reforma penal de 2010, *se alude a “obras de urbanización, construcción o edificación”*. Según la redacción del CP de 1995 se consolidó la idea, entre la doctrina y jurisprudencia, de la mayor amplitud del concepto de **construcción** frente al de **edificación**.⁸ Por consiguiente, la edificación quedaría incluida en el concepto de construcción, pero no a la inversa. A partir de la LO 5/2010, parece posible mantener la misma interpretación de los términos normativos “edificación” y

7 Vid. ACALE SÁNCHEZ, *Delitos urbanísticos...* Op.cit.pág.277 y ss.; BOIX REIG/JUANTEY DORADO, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 1999, pág.626 y ss. GORRIZ ROYO, *Protección penal ...* Op.cit.págs. 837 y ss. GARCÍA PLANAS, *El delito urbanístico*, Valencia, 1997, págs. 64 y ss.

8 Vid. BOIX REIG/JUANTEY DORADO, *Derecho penal. Parte especial*, Op.cit. págs.628 y ss.

“construcción”. No obstante, a raíz de esta reforma el sustantivo “obras” califica a “edificación”, a “construcción” y a “urbanización”, lo que puede entenderse como que son tres clases del género “obra”. Y ello porque gramaticalmente “obrar” significa tanto construir como edificar (vid. Diccionario Real Academia de la lengua española).

Por “construcción” puede seguir interpretándose *toda obra artificial que modifique la naturaleza de un terreno, siempre que se trate de obras en las que se añadan elementos físicos permanentes*.⁹ Por su parte, el término “edificación” y ahora también el de “obra de edificación” puede seguir entendiéndose como una construcción caracterizada por su finalidad utilitaria para la residencia del hombre, de modo que serían obras que sirven para la habitación, vivienda, casa o para usos análogos. Por último, la inclusión del término “obras de urbanización” implica una de las mayores novedades de la reforma del art.319 CP. Porque con ella se extiende el ámbito típico a acciones que, con anterioridad, podían ser calificadas, como máximo, de *tentativas*. De ahí que pueda decirse que se ha adelantado la intervención penal en este ámbito a cualquier acto previo a la estricta acción de construir o edificar.¹⁰

Sentadas las características generales de los delitos del art.319 CP más relevantes en relación con las medidas de su apartado 3º, nos servirán de premisas para analizar la *responsabilidad civil* derivada de cualquiera de aquellos delitos.

9 Vid. GÓRRIZ ROYO, E., *Protección penal ...*Op.cit. 846 y ss.

10 Bajo el CP de 1995, se excluían del ámbito típico del precepto o se consideraban, como mucho, tentativas de estos delitos, por ejemplo, las parcelaciones ilegales, los movimientos de tierra, excavaciones o instalaciones no permanentes pero previas y necesarias a la construcción.

3. Responsabilidad civil derivada de los delitos del art.319 CP.

a) Consideraciones generales respecto de la responsabilidad civil.

En Derecho penal, como es sabido, no todos los delitos generan responsabilidad civil, sino que sólo alguno de ellos puede ser fuente de obligaciones de aquella naturaleza. A grandes rasgos, puede afirmarse que sólo el delito o falta que haya producido *perjuicios* cuantificables, bien sobre bases materiales, bien sobre espirituales o morales, puede generar, junto a la responsabilidad criminal, la civil.¹¹ A primera vista, los delitos que nos ocupan, podrían suscitar dudas acerca de si, de los mismos, puede derivar esta clase de perjuicios y con qué medidas se pueden resarcir, planteándose principalmente *si la demolición integraría el contenido de la responsabilidad civil*. Pues bien, para despejarlas ha de partirse de lo establecido en el art.319 CP, apartado 3º *in fine*, en donde además de aludir a la demolición, indica que ésta se adoptará: “sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe”. Esta breve referencia alude a uno de los posibles contenidos de la responsabilidad civil del delito, esto es, la *indemnización*, prevista para casos en que de la comisión de algún delito del art. 319.1 y 2 CP, se concluyera obras ilegales cuyo derribo produjera daños civiles.

Así pues, la fórmula del apdo.3º art.319 CP pone en evidencia una modalidad específica de resarcir daños privados, si bien cabe cuestionarse *si hacía falta explicitarlo, o esto mismo podría haberse deducido del régimen general de la responsabilidad civil “ex delicto”*; y además, si cabe adoptar, respecto de dichos delitos, *alguna otra medida en concepto de dicha responsabilidad*. Para abordar estas cuestiones, conviene analizar, brevemente, algunos **aspectos del régimen general de responsabilidad civil** derivado históricamente, de los arts.1089, 1092 y 1093 Código

11 Vid. QUINTERO OLIVARES, G., “La responsabilidad criminal...” Op. cit. pág. 41.

Civil (en adelante CC);¹² y por remisión de los mismos, determinadas normas sustantivas y procesales: las primeras, se recogen en los arts. 109 a 122 CP y las segundas en los arts. 100, 106 a 107 LECRIM.

Conforme a estos preceptos puede afirmarse, a grandes rasgos, que, según nuestro ordenamiento jurídico, quien sufra un daño ilícito puede reclamar su reparación siempre que —como es obvio— consiga probar que *el daño se ha producido efectivamente* y que *la persona a quien se le imputa es la que lo ha causado*. Concretamente, en Derecho penal, sólo cuando un hecho delictivo ocasione, además un daño resarcible según el ordenamiento civil —un daño civil— surgirá, junto a la obligación penal, una obligación de aquella naturaleza. Esto sentado y asumiendo la *naturaleza civil* de esta clase de responsabilidad,¹³ interesa diferenciar entre el “daño penal” y el “daño civil”, partiendo de que aquél se refiere a la ofensa al bien jurídico y este último a las *pérdidas patrimoniales y sufrimientos de toda índole —especialmente morales— padecidos por la víctima*.¹⁴ Así pues, las normas del Código penal dedicadas a la responsabilidad civil no tienen por fin tanto el responder a la ofensa a un bien jurídico, cuanto a

12 Como es sabido el art.1089 CC menciona las fuentes de las obligaciones, entre las que se incluye los actos y omisiones ilícitos —como el delito—; y según el art.1092 CC tanto el ilícito penal como las obligaciones civiles derivadas de dicho ilícito se rigen por el CP. Vid. GRANADOS PÉREZ, C., “Daño civil derivado del delito” en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Madrid, 2007, pág.340.

13 Y ello a pesar de estar regulada en el CP. Así QUINTERO OLIVARES, G. “La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil”, Op.cit.pág.21. Vid. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, T.S, *Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., Valencia, 1999, pág.967. In extenso ROIG TORRES, M., *La reparación del daño causado por el delito*, Valencia, 2000, págs.85 a 100.

14 Vid. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, en *Derecho penal. PG...* Op.cit. pág.968. Como aclara ROIG TORRES, el presupuesto de la responsabilidad penal y civil es el mismo: un acto ilícito, si bien “el daño civil afecta al patrimonio económico o moral de la persona...” en *La reparación del daño..* Op.cit.pág.101; págs. 119 a 121.

*la necesidad de compensar a quien padezca un daño o perjuicio derivado de un delito.*¹⁵

Teniendo presente estos rasgos genéricos interesa, sobremanera, destacar que el esquema de responsabilidad civil de nuestro CP tiende, ante todo, a la *función de reparación del daño privado*, bien sea “*in natura*”, bien mediante una *indemnización pecuniaria*. Además de estar, dicho esquema, sometido a unas *reglas generales en el ámbito penal y procesal penal* que, de modo resumido, interesa traer a colación.

a).I.- Breve referencia al marco procesal y al régimen jurídico sustantivo.

Empezando, sucintamente, por la **regulación procesal** de la responsabilidad civil derivada del delito ha de aludirse, como es sabido, a los arts. 100 a 117 LECRIM.

Con respecto a los mismos, interesa reparar en que, como doctrina y jurisprudencia han expuesto reiteradamente, nuestro ordenamiento jurídico ofrece la posibilidad al perjudicado de tratar dicha responsabilidad, bien ante el juez civil o bien ante el penal, de forma conjunta al tratamiento de la responsabilidad penal del hecho que la origina (art.109.2 CP).¹⁶

Cierto es que el perjudicado tiene dos vías procesales para reclamar daños civiles —la del proceso penal y la del proceso civil—, pero sólo puede optar por una de ellas. Sin embargo, cualquiera que sea el ámbito jurisdiccional —penal o civil— en que se ejercite la acción civil derivada de un delito o falta, estaremos ante la misma acción y/o pretensión procesal.¹⁷ Y, en todo caso, la condena en sede penal, afecta y condiciona el desarrollo de

15 Vid. QUINTERO OLIVARES, G., “La responsabilidad criminal ...” Op.cit. pág.20.

16 Vid. ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas*, Valencia, 2010, págs. 21 y ss.

17 Vid. JUAN SÁNCHEZ, R., en *La responsabilidad civil en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 2004, pág.48. Vid. próximo GRANADOS PÉREZ, C., “Daño civil derivado del delito” Op.cit.pág. 340.

la acción civil subsiguiente, en tanto *predetermina su substrato fáctico*.¹⁸ En definitiva, nuestro ordenamiento jurídico ofrece al perjudicado un sistema que posibilita el *ejercicio acumulado de la acción civil ex delicto con la acción penal en un proceso penal*. Pero también permite, mediante acto expreso, la renuncia a la acción civil o su reserva para un proceso civil posterior (art.108 y 112 LECRIM).¹⁹

Trasladando estas consideraciones al *ámbito de los delitos sobre la Ordenación del Territorio*, el perjudicado por los daños privados derivados de uno de los *delitos* previstos en el art.319 CP, tiene una alternativa procesal para iniciar la acción civil: bien, ejercitando en el proceso penal la acción de condena y la de resarcimiento, o bien reservando la acción civil para un proceso posterior a la vía penal. No es posible que ambas acciones discurran en paralelo ante dos jurisdicciones distintas, sobre todo por razones de seguridad jurídica que, en general, se refieren a impedir que recaigan resoluciones contradictorias. En consecuencia, si se inicia la actuación de la jurisdicción penal, ésta es preferente sobre la civil (art.114 LECRIM) y, asimismo, si la jurisdicción penal declara inexistente el hecho imputado, se impide un posterior pronunciamiento civil sobre el mismo (art. 116.1 LECRIM). Como respecto a otros delitos, también en los del art.319 CP el perjudicado puede optar por *ejercitar la acción de responsabilidad civil ex delicto, en vía civil* siempre que —como se deriva de la jurisprudencia de la Sala primera del TS— haya precedido condena penal; o si dicha responsabilidad penal no pudo

18 Vid. ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil*. Op.cit. pág. 22. Sin embargo, la decisión penal que ponga fin a un proceso sin condenar al acusado, no tiene siempre la misma eficacia jurídica sobre el proceso civil subsiguiente, porque puede deberse a muy diversas razones. Así la absolución por inexistencia del hecho imputado, no tiene las mismas consecuencias que el sobreseimiento por falta de acreditación suficiente del hecho o por imposibilidad de enjuiciamiento del acusado v.gr.por fallecimiento

19 Por tanto, como indica GRANADOS PÉREZ, el perjudicado puede intervenir en la causa penal: “a) como acusador particular, ejerciendo la acción penal y la acción civil; b) como actor civil, ejercitando sólo la acción civil en el proceso penal ...”, en “Daño civil ...” Op.cit.pág.341.

declararse por causas no imputables a la voluntad del demandante, concretamente por imposibilidad de enjuiciamiento (por amnistía, indulto, rebeldía, fallecimiento, etc.).

Pero es que además, el art.319 CP en su apartado 3º, advierte que se adoptará la demolición “sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe”, con lo que *parece que el legislador penal ha pretendido salvaguardar las acciones civiles que pudieran corresponder a los adquirentes de buena fe de una construcción o edificación que haya sido demolida.*²⁰ Así pues, desde la perspectiva procesal, se considera necesario llamar al proceso a los terceros cuyos derechos pueden verse afectados de adoptarse la medida de demolición respecto a alguno de los delitos del art.319 CP.²¹

De optarse por renunciar a la acción civil o reservarla para un proceso civil posterior, el *proceso penal por delito urbanístico tendría prioridad*, porque en él se habría de determinar el sustrato fáctico de la reclamación que, asimismo, sería común para el ilícito penal del art.319 CP verificado y para la concreción del daño causado como consecuencia del concreto delito. No obstante, parece que, en muchos casos de delitos del art.319 CP, no será preciso incoar otro proceso en vía civil, sino *que el juez penal podrá fijar directamente en la sentencia las correspondientes medidas integrantes de la responsabilidad civil derivada del delito.*²²

Por otro lado, brevemente respecto al ***régimen jurídico sustantivo*** y en coherencia con el reconocimiento de las acciones penal y civil del art.100 LECRIM, ha de aludirse a la ***declaración general y básica*** sobre la responsabilidad civil (art.109 CP y art.

20 De la misma opinión DOMÍNGUEZ LUIS/FARRÉ DÍAZ, *Los delitos relativos a la ordenación del territorio*, Valencia, 1998, pág.151.

21 Así vid. GÓRRIZ ROYO, E., *Protección penal de la ordenación del territorio...*Op.cit.pág.1162.

22 Vid. así CATALÁN SENDER, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios.*Op.cit.pág.606. Ratifica esta opinión BOLDOVA PASAMAR, M.A., *Los delitos urbanísticos...*Op.cit.pág.207.

116.1 CP)²³ así como al **contenido** de la misma (art.110 CP). Y ello para analizar si los institutos de la *restitución, reparación del daño y la indemnización de perjuicios* (art.110 CP y ss.) son aplicables a los delitos del art.319 CP; y si alguno de ellos se identifica con la medida de *demolición* o de *reposición* del art.319.3 CP.

Sin embargo, la elección de una de aquellas tres vías, no se deja a la libre opción del juzgador, sino que el título a que la obligación civil ha de responder, está fijado por el *orden de prelación* del art.110 CP.²⁴ Y ello sin perjuicio de que los conceptos que integran la responsabilidad civil puedan aplicarse *conjuntamente*, cuando sea preciso para reparar la totalidad del daño causado.²⁵

Pues bien, no cabe duda de que, a tenor del art.110 CP, la **restitución** tiene un *carácter preferente* en los casos en que pueda aplicarse. O, como establece el art.111 CP, “siempre que sea posible”,²⁶ deduciéndose además del citado precepto en su apartado 1º y de una constante jurisprudencia del TS, que cuando la infracción consista en la privación de un bien y sea factible su recuperación, el Tribunal deberá ordenar, con carácter preceptivo, la devolución del mismo a su propietario o poseedor legítimo.²⁷ La excepción a esta regla la constituye —según el art.111.2 CP— los casos en que un tercero haya adquirido el bien legalmente, pues

23 Que considera que *toda persona responsable criminalmente lo es también civilmente si del hecho se derivasen daños o perjuicios*. Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., en “La responsabilidad civil y la reparación en la política criminal contemporánea” en Responsabilidad civil “ex delicto”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 2005, pág.18.

24 Vid. ROIG TORRES, M., *La reparación del daño...* Op.cit.pág.149.

25 Vid. GRANADOS PÉREZ, “Daño civil ...” Op.cit.pág.343.

26 De ahí su carácter preferencial según GRANADOS PÉREZ, en “Daño civil ...” loc.ult.cit. Vid. QUINTERO OLIVARES, para quien esa prioridad de la restitución no puede quedar al arbitrio del perjudicado, en “Efectos de la responsabilidad civil “ex delicto”: el carácter preferente de la restitución”, en QUINTERO /CAVANILLAS /LLERA, *La responsabilidad civil “Ex delicto”*, 2002, pág.51.

27 Vid. entre otras muchas SSTs 13 octubre 1990, Sala 2ª, RA 8000; 22 diciembre 1994 RA 10672; 19 diciembre 1995, RA9381. Vid. ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil...* Op.cit.págs. 115 a 119.

en dicho supuesto no procederá reivindicar la restitución (v.gr. adquisición de bien en Bolsa, en comercio legal etc..).²⁸

Al margen ahora de otras precisiones, la operatividad de la restauración en los delitos del art.319 CP *parece* escasa pues se proyecta sobre “objetos” sustraídos o indebidamente retenidos. No se trata, sin más, de devolver el bien a su anterior tenedor, sino *reintegrarlo* a quien ha sido privado ilegítimamente de él a causa de un acto ilícito (vid. STS 15 septiembre 1992, RA 7153) y tenga derecho a la posesión.²⁹ Por otro lado, la restitución tampoco puede identificarse, por completo, con el resarcimiento, término reservado, en la tradición histórica, a la reparación de carácter económico.³⁰ En *propiedad, consiste en el restablecimiento de la situación jurídica alterada por el delito que haya comportado la privación de un bien*³¹ —mueble o inmueble—, a su legítimo poseedor, siendo secundario si hubo o no desplazamiento físico del mismo.³²

Así entendida la restitución y habida cuenta de la clase de delitos a que, tradicionalmente, se aplica su eficacia en los delitos del art.319 CP parece que *sería muy limitada*. En efecto, la restitución procede, por lo general, en delitos o faltas que *se*

28 En tales casos según COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, la restitución se transforma en indemnización. Vid. *Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., Op.cit.pág.970.

29 Como destaca ROIG TORRES, M., restituir, en el sentido los artículos 110 y 111 CP, no significa sólo devolver el bien —pues, así cabría aplicarla incluso en una apropiación indebida—, “..sino hacerlo de modo que se restaure el orden jurídico alterado;...” en *La reparación del daño...*Op.cit.pág. 158.

30 Vid. ROIG TORRES, M., *La reparación del daño...*Op.cit.págs.157 a 163.

31 Vid. así ALASTUEY DOBÓN, C., en GRACIA/BOLDOBA/ALASTUEY, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, Valencia, 2004, pág.538.

32 Inicialmente el TS aplicaba la restitución, como forma de responsabilidad civil “*ex delicto*”, a delitos contra la propiedad: robo, hurto, apropiación indebida, estafa y alzamiento de bienes (vid. STS de 28 febrero 1959, Sala 2ª, RA 2188); si bien lo aprecia —como matices— en falsedades documentales (vid. STS de 4 marzo 1992, Sala 2ª, RA 1733) o malversación (vid. STS de 5 mayo 1997, Sala 2ª, RA 3659).

consuman en virtud de la privación de un bien.³³ Y lo que importa para aplicarla, es que materialmente haya habido una apropiación física por parte del infractor. Como indica JUAN SÁNCHEZ, "...la pretensión restitutoria es idónea cuando el autor del hecho criminal, o un tercero beneficiado por ello, incorpora indebidamente a su esfera de dominio un bien..."³⁴ Parece que, en los delitos del art.319 CP, esta circunstancia acontece en escasas ocasiones: por lo general, en dichos delitos, no es necesario un cambio de posesión, ni que se "sustraigan" o "retengan" bienes a su legítimo poseedor o propietario (la sociedad, determinada Administración pública, o un propietario particular). En suma, salvo que se admita la restitución en *un sentido figurado*,³⁵ es difícil apuntar casos en que una actuación urbanística delictiva, produzca una *sustracción* de la titularidad del suelo de un particular a otro; y aunque estos casos podrían darse, no parece que la restitución fuera idónea para reparar aquel daño.

Siguiendo con el orden establecido en el art.110 CP, respecto a la *reparación* y la *indemnización*, hay que destacar, en primer término, que frente a la falta de claridad de los textos punitivos anteriores, el CP de 1995 suprimió la separación tradicional entre *daño* y *perjuicio*.³⁶ En efecto, en la línea de las voces

33 Vid. por todos ROIG TORRES, M., en *La reparación del daño...Op.cit.* pág.170 y nota al pie nº 41.

34 A tal efecto, el citado autor, ejemplifica la aplicación de esta medida en el caso de un delito de usurpación de vivienda, en *La responsabilidad civil en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 2004, pág.141.

35 Piénsese, en el hipotético caso en que para la comisión de un delito del art.319 CP v.gr. un particular, hubiera invadido parte del concreto suelo (v.gr. rústico) de otro particular, de manera que, en sentido figurado, se habría "sustraído" parte del suelo como consecuencia del delito.

36 A grandes rasgos, bajo el texto refundido del Código penal de 1973 (en adelante ACP) —en sus arts. 101, 103 y 104 ACP—, la doctrina mayoritaria entendía que la *reparación* (art.103) se aplicaba sólo cuando el objeto dañado fuese una cosa. Si bien, la *indemnización* (art.104) se dirigía no sólo a daños derivados de delitos contra las personas, sino cualquier otro perjuicio, distinto a los detrimentos en cosas. Vid. SSTs 12 marzo 1992, Sala 2ª (RA 2442) y de 3 diciembre 1991, Sala 2ª, (RA 8965). Vid. ROIG TORRES, en *La reparación del daño...Op.cit.*pág.205 y 206. Pero según CAVANILLAS

que reclamaban una mayor uniformidad en la materia —siguiendo además la pauta del Código Civil—, el legislador de 1995 unificó bajo un mismo instituto —la reparación—, las diferentes formas de neutralizar el daño privado del hecho delictivo. A la vista de lo previsto en los arts. 112 CP y art.113 CP, en la doctrina reciente, se ha abierto paso, ante todo, *dos clases de interpretaciones posibles*.^{37/38} Si bien, puede decirse que el entendimiento según el cual la *indemnización* sería una vía concreta —pecuniaria— dentro del género *reparación* (superándose así la tradicional diferencia entre “reparación de daños” e “indemnización de perjuicios”) se cohonestaba mejor con el texto del CP de 1995.³⁹

De modo que, la reparación puede entenderse como una *figura genérica* que abarca las diversas modalidades de restauración del daño privado.⁴⁰ Esta interpretación se ha consolidado de modo que doctrina y jurisprudencia de forma casi unánime,

MÚGICA, la distinción entre “daños” y “perjuicios” carecía de trascendencia práctica en la jurisprudencia, en “Efectos de la responsabilidad civil “ex delicto”: reparación del daño”, en *La responsabilidad civil...* Op.cit.pág.55.

37 De un lado, quienes entienden que el art.112 CP sólo abarca las formas *de reparación de carácter específico*, con exclusión, de la compensación económica, que estaría regulada en el art.113 CP. Vid. ALASTUEY DOBÓN, C., en GRACIA/BOLDOBA /ALASTUEY en *Las consecuencias jurídicas del delito...* Op.cit.pág. 541. Vid. GRANADOS PÉREZ, en “Daño civil ...” Op.cit.pág.342.

38 De otro lado, se interpreta que en los citados preceptos el legislador ha empleado el término “reparación” en sentido genérico, de modo que el mismo abarcaría todas las formas de subsanación del daño privado —bien específicas, bien pecuniarias—. Vid. MONTÉS PENADÉS, V.L., en *Comentarios al Código penal de 1995*, (coord. VIVES ANTÓN) vol. I, Valencia, 1996, pág.599. Vid. GÓMEZ COLOMER en MONTERO/GÓMEZ COLOMER, J.L./MONTÓN/ BARONA, *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*. 8ª ed., Valencia, 1999, pág.112.

39 Ante todo, porque el Código penal ha suprimido la separación tradicional entre daño y perjuicio en función del tipo de interés lesionado, a diferencia de cómo se interpretaba bajo el ACP. Vid. así CAVANILLAS MÚGICA, S., “Efectos de la responsabilidad civil “ex delicto” Op.cit.págs. 55 y 56. Vid. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., Op.cit.pág.970.

40 Vid. *in extenso* ROIG TORRES, M., *La reparación del daño* Op.cit.págs. 213 a 220.

engloban los conceptos de reparación e indemnización en un único y general de *reparación del daño* o de acción de resarcimiento.⁴¹ Así, como advierte ROIG TORRES *reparación pecuniaria e indemnización* son ahora, conceptos sinónimos, pues aquella reparación se aplicará a todos los daños: tanto a perjuicios materiales como a morales, abarcando, los contenidos de la reparación y de la indemnización del anterior CP.⁴²

Esto sentado, la siguiente cuestión a resolver es *en qué consiste*, precisamente, *la reparación del daño*. El art.112 CP establece que no tiene que ser siempre pecuniaria, sino que puede consistir en *obligaciones de dar, de hacer o de no hacer*.⁴³ Pues bien, conviene analizar ***qué medidas resarcitorias podrían integrar la responsabilidad civil derivada de los delitos del art.319 CP*** para paliar *daños privados* derivados de aquéllos.

Empezando por las *obligaciones*, las de *no hacer* —consistentes, por lo general en prohibiciones de hacer—, plantean dificultades para traducirse en este ámbito, dada la escasez de ejemplos en el CP con una verdadera función de resarcimiento del daño, pues más bien sirven para evitar un mal futuro.⁴⁴ Con

41 De esta opinión JUAN SÁNCHEZ, R., quien, especifica que dicho concepto de reparación alcanza "...tanto el daño emergente como al lucro cesante, el daño material, el daño corporal y el daño moral o psíquico o cualquier otro daño con relevancia jurídica, cualquiera que sea el modo en que se clasifique. También procede la reparación de los daños actuales al momento del delito y los daños ulteriores consecuencia del delito", en *La responsabilidad civil en el proceso penal...* Op.cit.pág.183.

42 Vid. ROIG TORRES, M., en *La reparación del daño...* Op.cit.pág. 222.

43 Conforme al art.112 CP el juzgador atenderá a las condiciones personales y patrimoniales del culpable y, en especial, a la naturaleza del daño para optar por una obligación específica o un pago económico. Vid. así ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil...* Op.cit.págs. 165 y 166. Cfr. CAVANILLAS MÚGICA, S., "Efectos de la responsabilidad civil "ex delicto": reparación..." Op.cit.pág.57.

44 Según ALASTUEY DOBÓN, con estas obligaciones "...lo que puede lograrse es evitar que se sigan ocasionando daños o que se ocasionen en el futuro", en GRACIA /BOLDOVA /ALASTUEY, *Lecciones ...* Op.cit.págs. 542. Para JUAN SÁNCHEZ, R., alguna referencia indirecta a dichas obligaciones, puede encontrarse en el art.335 CP con relación a la limitación o supresión

respecto a la *obligación de dar*, si entre ellas incluimos la entrega de dinero, podrá admitirse la reparación pecuniaria.⁴⁵ De hecho, en la mayoría de los casos, esta prestación se limitará a la obligación de dar dinero o a la entrega de un bien que no haya sido objeto de sustracción.⁴⁶ En apariencia esta obligación de dar, en tanto se identifica con la entrega de dinero, podría integrar el contenido de la responsabilidad civil derivada de los delitos art.319 CP, si bien este aspecto se retomará en el análisis de la indemnización.

Centrándonos, en la reparación “in natura” y, asimismo, en las *obligaciones de hacer*, en ellas radica, según la doctrina, la verdadera novedad del sistema de responsabilidad civil establecido en el CP de 1995, pues la reparación de los daños siempre había sido concebida como un pago de dinero. Sin embargo, en la actualidad, la *prestación de hacer* se corresponde con el significado de la reparación específica o reparación *stricto sensu* —en su acepción distinta a la indemnización— y por tanto consistiría en toda actividad destinada al arreglo de una cosa que está rota o estropeada.⁴⁷ Así concebida, parece ser uno de los *contenidos* más apropiados para integrar la responsabilidad civil derivada del art.319 CP. Además esta prestación se asemeja a la que el legislador penal de 2010, ha introducido en el apdo.3º art.319 CP, es decir, la específica medida de *reposición a su estado originario de la realidad física alterada*. Ahora bien, no puede obviarse que las semejanzas entre estos institutos desde el punto de vista de su

de usos que puede imponer el Juez en el caso de terrenos afectados por un incendio. Vid. *La responsabilidad civil...* Op.cit.pág.196.

45 Vid. así MONTÉS PENEDÉS, V.L., en *Comentarios al Código penal de 1995*, vol.I, Op.cit.pág.588. Otros ejemplos consistirían según, ALASTUEY DOBÓN, “..en la entrega de un bien —distinto de la restitución del bien sustraído del art.111— o incluso en la entrega de una cantidad de dinero —que no quepa incluir en el resarcimiento por el equivalente del art.113—...” Vid. *Lecciones ...* Op.cit. págs. 541.

46 Pues la entrega de cosa sustraída ya se depura por el art.111 CP. Vid. JUAN SÁNCHEZ, R., en *La responsabilidad civil ...* Op.cit.pág.193. Cfr. ALASTUEY DOBÓN, en Op. y loc.ult.cit

47 Según JUAN SÁNCHEZ, R., vid. *La responsabilidad civil...* Op.cit. pág.194.

contenido —medidas de reparación— no implican identidad en cuanto a su *naturaleza jurídica*, sobre todo porque la medida de reposición del art.319.3 CP es, como veremos, de orden público y se dirige a reintegrar la legalidad urbanística.

Planteada la similitud de estas medidas en cuanto al contenido, resulta necesario cuestionarse si la *demolición* prevista en el art.319.3 CP participa de la naturaleza de aquella obligación de hacer. Al respecto, puede ya adelantarse que, en este trabajo, se considera controvertida su naturaleza de medida integrada en la responsabilidad civil “*ex delicto*”,⁴⁸ tal y como se analizará en un capítulo posterior.

Por último, ha de destacarse que el art.319.3 CP *alude a la posibilidad de indemnizar a los terceros de buena fe*, perjudicados por el *derribo* de alguna obra derivada de un delito sobre la Ordenación del Territorio. Ello no impide que, en principio, se puedan acordar indemnizaciones en otros casos, a raíz de daños privados derivados de los *delitos* del art.319 CP. Con respecto a estos últimos casos podría apuntarse la controversia existente, sobre todo en la doctrina civil, acerca del *carácter prioritario o subsidiario de la obligación pecuniaria respecto a la reparación “in natura”* a raíz de lo dispuesto en el art.112 CP.⁴⁹ Lo cierto es, sin embargo, que el art.112 CP no se decanta por ninguna

48 Vid. GÓRRIZ ROYO, E., *Protección penal de la Ordenación del Territorio...* Op.cit.págs. 1151 y ss.

49 Aunque la *reparación “in natura”* presenta, en la mayoría de casos, carácter prioritario, en la doctrina civilista se ha cuestionado esta forma de concebirla porque, como apunta CABANILLAS MÚGICA, la reparación “*in natura*” puede convenir al responsable —porque puede realizar con medios propios v.gr. de una de sus empresas la obra de reparación o encontrar a quién la ejecute a escaso coste— pero es raro que beneficie al perjudicado. Dado que al perjudicado “en principio, se le obliga a pasar por el doble trámite en la ejecución: primero intentarla “*in natura*” y después, de resultar ésta imposible o incumplida, hacerlo sobre su equivalente pecuniario.” Por ello y dada la falta de unidad de criterio, en la doctrina se ha apoyado la *tesis a favor de un modelo indemnizatorio* que, sólo excepcionalmente, admitiría la reparación “*in natura*” siempre a iniciativa del perjudicado y cuando dicha reparación fuera la más adecuada para la consecución de la finalidad resarcitoria, vid. CABANILLAS, Op.ult.cit.págs.57 a 59.

interpretación, pues ante todo ha de ser, la *naturaleza del daño* lo que determine al Juez o Tribunal a optar entre la reparación específica o la compensación económica.⁵⁰ Más aún, por lo general, en los *supuestos de patrimonio histórico*,⁵¹ y también de *daños al medio ambiente*⁵² se apela a la necesidad de *prevalencia de la restauración “in natura”*, según jurisprudencia del TS.

Ejemplo de esta postura sería la STS nº 1012/2007 (Sala 2ª) de 4 diciembre (RA 2008/553), en la que se ratifica la condena por un *delito contra el medio ambiente* con imposición de la restitución “in natura” en concepto de responsabilidad civil derivada del mismo. No obstante, finalmente el TS confirma la inviabilidad de ejecutar dicha medida resarcitoria por imposibilidad de determinar qué vertidos y la gravedad de éstos se corresponden con el período sujeto a reparación y cuáles se corresponden a otros períodos, razón por la cual se opta por “..la aplicación de lo previsto en el art.18.2 LOPJ, esto es, a su preceptiva sustitución por la indemnización correspondiente debido a que la ejecución del fallo de la sentencia como derecho integrante del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva exige la interpretación y la aplicación de las normas procesales en el sentido más favorable a la ejecución” (FD 4º)

Así las cosas, conviene analizar si esta forma de resarcir daños privados en los *delitos contra el medio ambiente* es aplicable a los delitos del art.319 CP, para acotar los posibles supuestos indemnizatorios. De un lado, según el tenor literal del apdo.3º art.319 CP, la *indemnización* a la que allí se alude podrá exigirse, en casos en que se haya ejecutado una orden de demolición y ésta haya afectado a terceros de buena fe relacionados con el

50 Vid. ROIG TORRES, M., en *La reparación del daño...*Op.cit.pág.218; y en *Responsabilidad civil...*Op.cit.pág.166. ALASTUEY DOBÓN, M.C., *Lecciones de consecuencias ...*Op.cit.pág.542 y 543.

51 Vid. así GUIASOLA LERMA, C., *Delitos contra el patrimonio cultural: artículos 321 a 324 del Código penal*, Valencia, 2001, págs.533 y ss.

52 Vid. DE MIGUEL PERALES, C., *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, 2ª ed., 1997, pág. 227 y ss. También POZUELO PÉREZ, L., “La reparación del daño al medio ambiente” en *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, 2005, págs.244 y ss.

edificio o construcción derribado (por lo general, propietarios, aunque no hay que descartar inquilinos, residentes, etc.). Así, en el marco de estos delitos, la indemnización parece ir referida a una suerte de compensación por el “daño material” de ejecutar una medida (demolición) que neutraliza los efectos del delito. Si bien no será fácil imaginar casos en que, a resultas de semejante derribo, puedan derivarse “perjuicios morales” puros,⁵³ aunque no hay que descartarlo por completo.

De otro, nada impide *ampliar las posibilidades indemnizatorias* a casos distintos al del art.319.3 CP., en el que se produzcan daños privados por la comisión de delitos de los apartados 1º y 2º de dicho precepto. *Es en estos supuestos en los que también cabría plantearse acordar la reparación “in natura”.*

Por ejemplo, el caso en que para ejecutar las obras de un delito del art.319.2 CP, su autor causa un perjuicio a un suelo colindante, de titularidad de un particular (p.e. no urbanizable de uso agrícola), porque para edificar realiza aterramientos o movimientos de tierra que destruyen las propiedades agrícolas de aquél otro terreno (acabando con las posibilidades de cultivo o su regeneración, etc.).

En conclusión, si algún particular —persona física o jurídica— acreditara su condición de perjudicado por daños de un *delito* del art. 319 CP podría plantearse, como responsabilidad civil “ex delicto”, bien la reparación económica del daño causado, bien la *obligación de hacer* consistente en restaurar valores originarios de los suelos afectados (art.112 CP). De otro lado estarían los supuestos indemnizatorios del apdo.3º art 319 CP, cuyas peculiaridades son tales que justifican su posterior estudio por separado.

53 Conforme el usual entendimiento de dichos perjuicios, serían aquellos daños que afectan a bienes inmateriales del perjudicado, pudiéndose, a su vez, diferenciar según si esos daños repercuten en el patrimonio y los llamados daños morales puros. Estos últimos abarcarían desde el dolor por la pérdida de un ser querido, hasta el sufrimiento físico, la disminución de aptitudes físicas, de la salud, de la estética, de la sexualidad, etc. Vid. ALASTUEY DOBÓN, *Lecciones ...Op.cit.pág.544.*

b) Medidas integrantes de la responsabilidad civil derivada de los delitos contra la “Ordenación del territorio”.

Trasladando las anteriores consideraciones a los delitos del art.319 CP (apdos. 1º y 2º), en primer término, hay que partir de que la *responsabilidad civil ex delicto*, será imputable al declarado responsable penal de alguno de aquéllos y siempre que, en su comisión, se hubiere producido un daño privado derivado de la “obra” delictiva. Antes de analizar su posible contenido y rasgos conviene realizar algunas *precisiones previas*:

En primer término, la “obra” —de urbanización, construcción o edificación— que pueda realizarse a consecuencia de uno de los delitos del art. 319 CP, no se considera aquí el *resultado* del delito, en tanto en dichos tipos no se exige comprobar tal elemento para apreciar la consumación, pues se trata de *delitos lesión* que se consuman con la *mera actividad*.⁵⁴ A pesar de ello, sí puede entenderse dicha “obra” como una consecuencia o efecto material derivado del delito que, en su caso, podría evidenciar el *agotamiento* del delito urbanístico cometido.

La clave de este entendimiento radica en distinguir, desde el punto de vista teórico, las nociones de *lesión*, *resultado* y *perjuicio*, así como de *bien jurídico* y *objeto material*. Al respecto, QUINTERO OLIVARES llega a la conclusión según la cual “la reparación solamente puede nacer de la *efectiva lesión de un bien jurídico*.” Ha de destacarse, con dicho autor, que no importa el carácter o categoría del bien jurídico, pues toda clase de bienes son susceptibles de lesión. Lo relevante a efectos de admitir la responsabilidad civil es verificar dicha *lesión* y no una mera puesta en peligro, pues en este último caso, según

54 Respecto al *resultado en el sentido estricto del término penal* y a los obstáculos para su apreciación en el art.319 CP *vid. in extenso* GÓRRIZ ROYO, E., *Protección penal ...* Op.cit.pág. 838 y ss. En sentido similar, BOLDOVA PASAMAR, para quien “...en el delito urbanístico no se precisa la imputación de un resultado de construcción o edificación (el resultado no pertenece al tipo) sino que para la consumación basta con la conducta de llevarla a cabo”, en *Los delitos urbanísticos*, Barcelona, 2007, pág.206. Vid. SÁNCHEZ DOMINGO, M.B., *Delitos urbanísticos*, Valladolid, 2008, págs.93.

doctrina mayoritaria y jurisprudencia, se niega la pretensión de reparación.⁵⁵

En conclusión, por lo general, en los delitos de *mera actividad* que supongan una ofensa consistente en una *lesión* (v.gr. calumnias, amenazas, etc.), podrá admitirse la derivación de daños susceptibles de generar responsabilidad civil. Como se indicó, cabe predicar estos rasgos de los delitos del art.319 CP de modo que, a efectos de articular una pretensión de responsabilidad civil, habría que constatar, primero que la realización —total o parcial— de una obra ilícita ha causado efectivamente una *lesión*, esto es, un uso irracional del suelo. Si, en segundo lugar, de ello siguiera, como consecuencia material, la terminación de una obra, habría que analizar si de la misma se derivan “daños” y quién sería el perjudicado y la víctima de los mismos.

Distinto sería el supuesto del apdo.3º art.319 CP, pues la indemnización allí prevista se dirige a *garantizar los derechos sobre determinada urbanización, construcción o edificación ilegales, a personas que los hubieran adquirido de buena fe*. Pueden, por tanto, distinguirse dos supuestos indemnizatorios en relación con los delitos del art.319 CP cuyos fundamentos y rasgos pasamos a analizar.

b.I- La indemnización.

Cuando de los delitos del art.319 CP derive algún daño civil, en los términos expuestos, cabrá imponer, como medida integrante de la responsabilidad civil “ex delicto”, una ***indemnización***. Así puede suceder, ante todo, cuando se concluya una obra derivada de uno de los delitos del art.319 CP que produzca

55 En efecto, como QUINTERO OLIVARES no hay que confundir “...lo que es delito de resultado con delito provocador de daño o perjuicio, como si solamente los primeros fueran capaces de generar esas consecuencias. Delitos como la calumnia o la amenaza no son de resultado y, en cambio, es un hecho conocido el que en nombre de la indemnización de perjuicios morales en esos procesos se reclaman a veces enormes sumas.”Vid. “La responsabilidad criminal”, Op.cit.pág. 42.

daños a particulares.⁵⁶ Pero por previsión expresa en el art.319.3 también procederá exigir una *compensación económica*, si a causa de la demolición de alguna obra derivada de los delitos del art.319 CP o incluso —a raíz de la L.O. 5/2010— de la medida de reposición, *se producen daños privados a terceros de buena fe*. Con esta previsión el legislador parece haber querido dejar a salvo las acciones civiles que pudieran corresponder a los adquirentes de buena fe de la obra que sea derruida;⁵⁷ pues de no haberlo especificado cabría la duda de que fuera posible ejercer dichas acciones civiles.

Como se observa, en estos dos supuestos *la indemnización podría ser adoptada en concepto de responsabilidad civil, si bien en el primer caso deriva de los delitos del art.319 CP* y en el segundo por ejecutar la demolición del art.319.3 CP. Ambos casos han de ponerse en relación con el art.113 CP, en que el legislador emplea el término “indemnización” como sinónimo de *compensación económica* del daño privado. Quedan así comprendidos en esta institución, tanto la *indemnización* como la *reparación* del derogado CP.⁵⁸ Y por tanto, son de aplicación a la indemnización los *requisitos tradicionalmente exigidos por la jurisprudencia* para dicha figura.

Principalmente, serían los siguientes: primero, es necesario que los daños y perjuicios deriven directamente del hecho punible, o como indica el TS que “..el daño o perjuicio surja de manera directa de la realización de la conducta típica..” (STS de 29 enero 1997, Sala 2ª, RA390). Segundo, los detrimentos o perjuicios deben ser probados por quien pretende su indemnización (vid. así STS de 7 de febrero de 1997, Sala 2ª, RA 661).⁵⁹

56 Por ejemplo, cuando el titular de un terreno, sea vecino del propietario del suelo donde se comete un delito del art.319 CP; de modo que este delito produzcan daños en aquél suelo colindante.

57 Vid. así BOLDOVA PASAMAR, M.A., *Los delitos urbanísticos*..Op.cit. pág.207.

58 Vid. ROIG TORRES, M., *La reparación del daño*...Op.cit.pág.225.

59 Según la citada sentencia “la indemnización no es susceptible de presunción legal sino que de manera cierta han de resultar probados (los daños...). De ahí que haya de rechazarse desde el plano estrictamente jurídico todo aquello

En consecuencia, *procederá la pretensión indemnizatoria respecto a los delitos del art.319 CP si puede probarse que de la comisión de las conductas típicas allí previstas se derivan directamente daños civiles, imputables al autor del delito, correctamente acreditados por quien solicita la indemnización.*

Concretamente en el caso de **indemnización** debida a **terceros de buena fe** conforme al apdo.3º art.319. CP, en principio, podrá exigirse por cualquier persona —por lo general adquirente— de buena fe, perjudicada por la demolición de las obras resultantes de algún delito de aquel precepto. No obstante, se ha podido plantear en la doctrina, que *no serían indemnizables perjuicios ulteriores, tales como la obligación de abandonar la propia vivienda edificada* a consecuencia de uno de los delitos del art.319 CP; pudiendo este dato ser considerado para decidir si se impone la demolición.⁶⁰

De atender a esta interpretación habría, en principio, que diferenciar entre los terceros adquirentes de buena fe *que no viven efectivamente en los edificios construidos* a causa de algún delito del art.319 CP y los terceros *que hubieran comenzado a vivir en las citadas edificaciones*, siendo todos ellos posibles perjudicados y, por tanto, destinatarios de indemnizaciones como consecuencia de una demolición de sus viviendas. Si bien, es cuestionable que los perjuicios causados a los efectivos habitantes de aquellas viviendas no puedan integrar —por abandonarlas—, la indemnización a que alude el art.113 CP, dado que, a mi modo de ver, *son precisamente estos adquirentes de buena fe, los que puedan verse más directamente perjudicados por una posible demolición.*

Asimismo, se ha planteado en la doctrina que las situaciones en que puedan apreciarse terceros de buena fe a favor

que represente consecuencias dudosas, meros cálculos, hipótesis o suposiciones. En suma, beneficios, daños o perjuicios, desprovistos de certidumbre.” Vid. próximas SSTs 5 de mayo de 1998 (RA 4606); 16 de mayo 1998 (RA 4878).

60 Según BOLDOVA, habría de condicionar la demolición en casos en que “...no existan garantías de que se vayan a satisfacer las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe previstas...” en Op. y loc.ult.cit.

de los cuales surja la obligación de indemnizar en concepto de responsabilidad civil, serían *excepcionales*. Y ello porque las limitaciones de orden urbanístico son *públicas* y parece que todo comprador diligente haya de exigir una mínima información sobre dichos aspectos, especialmente cuando la compra se eleve a escritura pública con la correspondiente intervención notarial.⁶¹ Por tanto, lo determinante para hacer efectiva la indemnización del art.319.3 CP será la calificación de “*terceros de buena fe*”, a cuyo estudio se dedicará el siguiente epígrafe.

Al margen de esta problemática, interesa establecer una serie de pautas para *delimitar el perjuicio* y, en consecuencia, el “*quantum*” de la indemnización respecto a estos delitos. Para ello habrá que partir de la definición, en la actualidad más asentada en doctrina y jurisprudencia, sobre los conceptos de “perjuicios materiales y morales” a que alude el art.113 CP. De modo que los *perjuicios materiales*, en sentido amplio, abarcarían tanto los detrimentos patrimoniales (daño efectivo, lucro cesante), como las lesiones físicas, con exclusión del dolor y sufrimiento psíquico, derivado de la acción ilícita.⁶² Y ello porque éstos últimos conceptos integrarían el de “*perjuicios morales*” donde incluso tendría cabida la pérdida de prestigio ocasionado por el delito —que puede afectar al honor de las personas físicas o jurídicas— (vid. STS de 29 diciembre 1998, Sala 1ª, RA 9980).⁶³

61 Vid. así RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., quien indica que, la jurisprudencia civil es acertadamente restrictiva sobre la posibilidad de resolver el contrato de compraventa en estos casos, en “El restablecimiento del orden jurídico urbanístico en vía penal: la demolición de la construcción o edificación ilegal”, en *Red de Fiscales Medioambientales de Andalucía. Memoria 2007, 2008*, pág.59.

62 Vid. ROIG TORRES, M., en *La reparación...* Op.cit.pág.231.

63 Según esta resolución “...el daño moral afecta a intereses espirituales del ser humano que son atacados; puede ser directo, o más frecuentemente indirecto, que es el sufrido a consecuencia de un daño personal: el atentado a la integridad física no sólo produce daño directamente, sino también un indudable daño moral, el “*pretium doloris*” que debe ser resarcido.” En suma, se ha generalizado tomar como referencia, para concretar el daño moral, criterios como sufrimientos, la aflicción, el resentimiento, el ansia, etc.,

Pero, la valoración monetaria de los daños morales, es una tarea compleja que sólo si el delito afecta negativamente la posición profesional o las perspectivas económicas de la víctima resulta, quizás, más sencillo concretar. No obstante, por lo general, no serán estos perjuicios los más relevantes a fin de concretar una posible indemnización por los delitos o la demolición del art.319.3 CP sino los *perjuicios materiales o patrimoniales*, de ahí que interese centrarnos en establecer criterios para determinar, respecto a éstos, el llamado “*quantum*” *indemnizatorio*.

Con carácter previo hay que recordar que aunque el perjudicado puede optar por acudir al proceso civil, lo normal será que en relación con los delitos del art.319 CP, no sea preciso de modo *que el juez penal fije directamente en la sentencia las indemnizaciones correspondientes*. Partiendo de esta hipótesis, ha de recordarse que *es la parte que en el proceso represente a los perjudicados*, la que ha de cuantificar la condena por daños (arts.650.II y 781.1.I LECRIM).

Por lo que toca a Jueces y Tribunales, hay que considerar que el art.115 CP les faculta a fijar la cuantía indemnizatoria, es decir, permite formular una petición indeterminada de los daños causados a la espera de su concreción en el propio juicio, siempre que se establezcan, razonadamente, en la resolución “...las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones...” (vid. art.732 LECRIM).

Esto sentado, el cálculo de la cuantía de la indemnización resulta ser un aspecto determinante de modo que surge la cuestión acerca de *¿qué criterios cabe utilizar para cuantificar los daños derivados de la comisión de los delitos del art.319 CP?*

Al respecto, ha de recordarse que el CP de 1995 ya *no recogió unas pautas para la cuantificación de daños* —a diferencia de lo que sucedía en el derogado CP—,⁶⁴ de manera que la cuestión ha

64 Como es sabido, en el ACP se preveían respecto al precio de la cosa y a la afección al agraviado (vid.art.103 ACP). Sin embargo, el actual art.114 CP prevé la posibilidad de que el Juez o Tribunal modere el importe de la reparación o indemnización —respecto de lo solicitado por las partes—, en casos en que la víctima haya contribuido con su conducta a la producción del

de ventilarse conforme a criterios de Derechos sustantivo —v.gr. los arts.1106 C.C.— y a lo establecido por la jurisprudencia al respecto.⁶⁵ Ahora bien, ha de destacarse que la cuantificación de la reparación constituye un *problema de prueba de daños realmente ocasionados* y, por ende, adquiere importancia la determinación del “*quantum*” indemnizatorio *desde la perspectiva del juez de lo penal*. Y si bien es cierto que con el actual régimen de responsabilidad civil, el legislador penal de 1995 puede haber incrementado la discrecionalidad judicial —de modo que es posible apreciar lo que el TS ha denominado “arbitrio de los Tribunales de Instancia” para fijar el *quantum* indemnizatorio—,⁶⁶ no lo es menos que éste no deja de estar limitado por la cuantía indemnizatoria solicitada por las partes actoras.

De modo que pueden plantearse dos situaciones: en primer lugar, si las partes actoras han fijado una cuantía concreta en concepto de indemnización, la condena no podrá sobrepasar la cuantía solicitada; en segundo lugar, si los demandantes no determinan la cuantía de los daños, el juez no está sujeto a otros límites que los derivados de la entidad misma del daño producido. Así, en la determinación de la cuantía concreta, el juez considerará *criterios objetivos* resultantes de las pruebas practicadas en juicio.⁶⁷

daño o perjuicio. Dada la ausencia de otros criterios, en la doctrina penal se discute si en el art.112 CP sólo se regula la reparación en forma específica y en el art.113 CP el resarcimiento económico. Vid. ALASTUEY DOBÓN, M.C., *Lecciones ...Op.cit.pág.543*. Si bien, como indica ROIG TORRES la supresión de semejantes criterios específicos sólo responde “..a la intención del legislador de atribuir mayor discrecionalidad al Juez en cuanto a la determinación de la cuantía indemnizatoria..”, en *La reparación ...Op.cit.pág.219* y nota nº 36.

65 Vid. JUAN SÁNCHEZ, R., *La responsabilidad civil en el proceso penal...Op.cit.pág.204*.

66 Vid. entre otras, la STS de 19 de febrero de 2002 (Sala 2ª), en donde, a modo de tópico, reitera que las cantidades fijadas como indemnizaciones derivadas de las responsabilidad criminal no son revisables en casación, al tratarse de una cuestión que queda al prudente arbitrio de los órganos jurisdiccionales de instancia, por lo que los efectos de un recurso de tal naturaleza sólo pueden circunscribirse a las bases sobre las que se asienta el señalamiento de la cantidad fijada. Vid. próxima la STS de 6 octubre de 1997.

67 Vid. así JUAN SÁNCHEZ, R., en *La responsabilidad civil...Op.cit. pág.205*.

En materia de los delitos sobre la Ordenación del Territorios, algunos de los *criterios objetivos*⁶⁸ que pueden resultar de las pruebas practicadas serían, por ejemplo:

- el *gasto* que, efectivamente, la parte haya tenido que realizar para afrontar la situación creada por el delito (v.gr. reparar un terreno; o en situaciones de desalojo de la vivienda, el posterior alojamiento temporal en hoteles o en viviendas de alquiler);
- las *ganancias* dejadas de obtener por la privación del disfrute del bien, conforme a los informes periciales practicados;
- el valor del derecho adquirido o el *valor de mercado* del edificio o construcción demolidas.

Respecto a este último requisito, pueden plantearse no pocas dificultades para su cuantificación. Ante todo porque, en algunos casos, las construcciones o edificaciones derivadas de los delitos del art.319 CP, pueden forzar un cambio en la clasificación del terreno donde, ilegalmente, se llevaron a cabo, que haga aumentar el valor de dicho suelo. En estos casos, si se integra el *quantum* indemnizatorio con el valor inicial del edificio demolido, puede suceder que sea inferior, a su valor final (o incluso lo contrario, dependiendo de la coyuntura económica). En general, parece que el *quantum* indemnizatorio haya de integrarse por el valor de mercado del edificio o construcción en el momento de ser demolidas, aunque también ello hace surgir inconvenientes.⁶⁹ Por último, resultaría complejo determinar el *quantum* indemnizatorio por el disfrute dejado de percibir por la *sociedad* cuando se produjera un cambio de uso de suelo (v.gr. un suelo

68 También se emplean en delitos contra *medio ambiente*, vid. STS de 4 de diciembre de 2007 (Sala 2ª, RA 553).

69 Por otra parte, no parece tan plausible computar como cuantía de la indemnización la diferencia entre el valor de la construcción (o la ganancia obtenida de su venta o transformación) menos el valor del suelo en el momento del enjuiciamiento (o de la venta). Según POZUELO PÉREZ /DOPICO GÓMEZ-ALLER, dicha cantidad, podrá ser considerada como provecho del delito, a los efectos del comiso. Así vid. “Demolición o comiso” *La Ley* 16271/2008, de 19 de mayo, pág.6.

inicialmente proyectado como zona verde que finalmente se destina a suelo urbano).

En otro orden de cosas, la medida de indemnización a la que se alude en el art.319.3 CP no parece encaminada a *anular o cancelar la inscripción en el Registro de la propiedad del negocio traslativo a favor del tercero de buena fe*. Más bien puede afirmarse que, por ejemplo, si un tercero de buena fe hubiera adquirido la concreta finca donde se realiza la obra delictiva, aquélla continuará siendo de propiedad, a todos los efectos, de dicho tercero de buena fe, aún cuando se derribe la construcción o edificación ilegales por orden del juez de lo penal y se le indemnice.⁷⁰

Sea cual sea el daño que se pretenda acreditar con respecto a estos delitos, interesa recordar que ha de demostrarse la *realidad* del mismo daño y su *cuantía*, excluyéndose los daños y perjuicios que representen consecuencias dudosas, meros cálculos, hipótesis o suposiciones o, en suma, beneficios, daños o perjuicios desprovistos de certidumbre, como viene reiterando el TS.⁷¹ Precisamente es en la valoración de la práctica de las pruebas tendentes a demostrar los daños y su cuantificación, donde reside la manifestación de la discrecionalidad judicial.⁷² A estos efectos, en la valoración judicial de los daños no sólo deben ser considerados los que ya se han producido efectivamente, sino también aquellos otros que aún no se han manifestado pero que pueden determinarse con seguridad, conforme a ciertos criterios.⁷³ En todo caso, *la fijación de la cuantía en concepto de indemnización, debe ser razonablemente fundamentada en la sentencia o resolución en que se establezca*, según el art.115 CP y una reiterada

70 Vid. CATALÁN SENDER, R., *Los delitos cometidos por autoridades...* Op.cit.págs. 518 y 519.

71 Vid. así MÁQUEZ DE PRADO PÉREZ, J., “Efectos de la responsabilidad civil “ex delicto”. Indemnización de los daños materiales, corporales y morales”, págs.155 y 156.

72 Vid. JUAN SÁNCHEZ, R., *La responsabilidad civil en el proceso penal...*Op.cit.pág.207.

73 Vid. así DE LA OLIVA SANTOS, A., en *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1997, pág. 252.

jurisprudencia (vid., entre otras la STC 78/1986, de 13 de junio⁷⁴ y la STS de 10 de octubre de 1995, RA 8709).

En otro orden de cosas, según el *régimen común de la responsabilidad civil derivada del delito*, en los casos en que, en la comisión de algún delito del art.319 CP, se aprecie un **error** —bien de tipo o de ilicitud (art.14.1 y 14.3 CP)— sólo si se reputase *vencible*, dejaría subsistente la posible responsabilidad civil (art.118.2 CP).⁷⁵ De otro lado, aunque las **eximentes de la responsabilidad penal** (art.20 CP) se admiten con escasa frecuencia en los delitos del art.319 CP, si se apreciara alguna como *incompleta*, no impediría que se declarara la responsabilidad civil.⁷⁶

Por último, y en relación con las penas del art.319 CP, el incumplimiento de las medidas impuestas en concepto de responsabilidad civil, condicionaría la **suspensión de la ejecución de la pena** de prisión de los apartados 1º y 2º art.319 CP pudiendo impedir que ésta se acuerde (vid. art.81.3 CP). Asimismo, también condicionaría la *cancelación de los antecedentes penales* (art.136.2.1º CP).

b.II.- Terceros de buena fe

La alusión en el art.319.3 CP a estos terceros precisa de una previa aclaración para su deslinde con otros *sujetos de la*

74 En dicha STC se exigió que “..la sentencia judicial contenga una determinación del daño causado por el delito, de la misma manera que si la acción civil hubiera sido ejercida en forma independiente de la penal, siendo además necesaria una estimación razonada de la cuantía alcanzada por dichos daños.” Sobre la exigencia de motivación a raíz del art.120.3 CE, vid. MÁQUEZ DE PRADO J., “Efectos de la responsabilidad civil...” Op.cit.págs.159 a 161.

75 En casos de apreciar un *error* —bien de tipo o bien sobre la ilicitud—, *invencible* procederá excluir la responsabilidad penal (art.14.1º.1ª y 14.3º.1ª CP) y, por ende, también la civil. Vid. IZQUIERDO MARÍN, P., “Irresponsabilidad penal y responsabilidad civil” en *Responsabilidad civil “ex delicto”* (dir. MARQUEZ DE PRADO PÉREZ), Op.cit.págs. 206, 207 y 235.

76 Por último, la exención de responsabilidad penal por concurrir alguna de las causas de inculpabilidad, no excluiría la responsabilidad civil derivada del delito (arts.118 y 119 CP)

reparación. Así la *premisa genérica* para apreciar la existencia de cualquier clase de terceros es la *existencia de daños privados* derivados de algún *delito*. Pero el titular del derecho a la reparación es, en sentido estricto, el *perjudicado* (arts.109.2, 110 y 112 CP). De modo que éste puede subsanar los daños privados que se le causen bien mediante una reparación en forma específica, bien mediante una *compensación pecuniaria o indemnización*.⁷⁷ Asimismo, a tenor del art.113 CP, tienen derecho de reparación mediante esta compensación económica, toda persona que haya sufrido un perjuicio (directo) a causa del delito, diferenciando al menos tres titulares de este derecho: el *agraviado*, *sus familiares* y *el tercero*. Más allá de la figura de los “familiares”,⁷⁸ por lo tocante a esta investigación, interesa centrarnos en el concepto de “*terceros*” a los que alude el art.319.3 CP. Por tales se entiende en la doctrina penal, a todo sujeto distinto del agraviado y de sus familiares (exigencia negativa), que ha sido directamente perjudicado por el delito (exigencia positiva).⁷⁹

Respecto al resto de sujetos y según asentada doctrina,⁸⁰ puede decirse que el “*agraviado*” se identificaría con el sujeto pasivo de la infracción o con la víctima del delito. El “*perjudicado*” es la persona que ha sufrido, directamente los daños civiles —materiales o morales— producidos por el hecho delictivo. Por tanto es éste y no el agraviado, el titular al derecho a la reparación.

77 Vid. ROIG TORRES, M., *La reparación ...Op.cit.pág.247*; y *La Responsabilidad civil...Op.cit.pág.174*

78 Suele entenderse por tales las personas que se hallen unidas por algún vínculo de parentesco con el agraviado. No sólo pertenecen a esta categoría los sujetos previstos en el art.23 CP sino también otros allegados del agraviado, siempre que hubieran sufrido perjuicios directos derivados del delito. Vid. MONTÉS PENEDES, V., *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. I, Op.cit. pág. 607.

79 Vid. ALASTUEY, quien define al tercero, como “...quien haya sido directamente perjudicado por el delito y no sea sujeto pasivo de éste ni familiar del sujeto pasivo”, en *Lecciones ...Op.cit.págs.545 y 546*.

80 Vid. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. PG...Op.cit. pág.977*. ROIG TORRES, M., *La reparación ...Op.cit.pág. 248*; la misma autora en *La responsabilidad civil...Op. cit. págs. 167-168*. ALASTUEY DOBÓN, M.C., *Lecciones ...Op.cit.pág.544*. Vid. JUAN SÁNCHEZ, *La responsabilidad civil...Op.cit.págs.242 y ss*.

Ahora bien, como es sabido, ambas figuras pueden coincidir en una misma persona cuando el agraviado, además, haya sufrido un perjuicio civil y entonces sí sería titular del derecho a la reparación. Aunque no ha de suceder así, en toda clase de delitos (v.gr. en el homicidio).

Trasladando estas consideraciones a los delitos del art.319 CP, cabría diferenciar dos grupos de sujetos con derecho a reparación. De un lado, los *perjudicados directos*, en sentido amplio, que aparecerán cuando de la comisión de alguno de los delitos del art.319 CP se deriven daños civiles en los suelos y lugares allí previstos; pudiendo ser no sólo la *sociedad* —que será además el sujeto pasivo—, sino también los concretos titulares de dichos suelos o lugares, allí donde existan: desde particulares hasta determinada Administración —sea municipal, autonómica o estatal—, siempre que pueda acreditarse que desconocían el carácter ilícito de dichas obras. De otro lado, los “*terceros de buena fe*” a los que se sigue aludiendo en el apdo.3º art.319 CP tras la LO 5/2010 y que serían las personas que no hayan intervenido —ni como autores ni como cómplices—, ni fueran sujetos pasivos del art.319 CP y además, de forma específica— aunque no excluyente—, hayan sido afectadas por la demolición o, en su caso, por la reposición del suelo o terreno donde se cometieron dichos delitos.

Dicha especificación a favor de los terceros de buena fe, deja a salvo su condición de tales en casos en que se acuerde la demolición o reposición del art. 319.3 CP. Más no puede tildarse de superflua o reiterativa, porque aquellos terceros no son tanto *perjudicados directos* de los *delitos* del art.319 CP, cuanto de la *demolición o reposición* del apdo.3º del art.319 CP. *De modo que si no se aludiera a los terceros en el art.319.3 CP, cabría la duda de si podrían ser considerados como tales a efectos de ejercer la pretensión indemnizatoria.* Tampoco considero que dicha especificación sea *excluyente* de más “terceros de buena fe” no necesariamente afectados por las medidas del apdo.3º del art.319 CP pero sí por los delitos allí previstos.

Esto sentado, interesa concretar que pueden considerarse terceros “*de buena fe*”, a los perjudicados por la demolición de

una obra delictiva, *que no tengan conocimiento de su ilicitud, ni sean sus autores o cómplices*. Es decir, ha de demostrarse la diligencia del perjudicado. Junto a ellos y dado que la LO 5/2010 incorpora la *medida de reposición* en el apdo.3º art. 319 CP, podrá considerarse también “tercero de buena fe” al perjudicado por esta medida que no haya intervenido en el delito del art.319 CP.

Un posible ejemplo sería el del adquirente de una vivienda que desconozca el carácter ilícito de lo edificado.⁸¹ No obstante, según la legalidad vigente, el desconocimiento del carácter ilícito de dicha obra *no impediría adoptar la medida de demolición*.⁸²

Un caso distinto lo constituye, a mi modo de ver, el de los *adquirentes de construcciones o edificaciones que conozcan el carácter delictivo* de las mismas; o el de quienes coadyuvan a su realización (v.gr. suministradores de material o trabajadores de las obras).⁸³ Porque, en estos supuestos, la presencia de dichos sujetos no sólo no impediría al juez de lo penal adoptar la demolición de la obra, sino que incluso, según los casos, podría exigirles responsabilidad propia.⁸⁴ Sin ánimo de exhaustividad, en los siguientes ejemplos cabría apreciar algún *tercero de buena fe* a tenor del art.319.3 CP:

Primero, casos en que algún particular haya sido engañado por el promotor (o constructor) de la vivienda que adquirió, pues éste sabe que ha edificado, cometiendo un delito del art.319 CP. El promotor condenado por tal delito, no sería, obviamente, tercero de buena fe, aunque sí se considerarían como tales, los eventuales adquirentes de viviendas. E incluso, en este caso la prueba del *engaño* del promotor hacia el adquirente de la vivienda —que hubiera cumplido sus deberes de diligencia—, permitiría apreciar

81 Vid. GÓRRIZ ROYO, E., *Protección penal de la ordenación del territorio...* Op.cit.pág.1162.

82 Vid. próxima POZUELO PÉREZ, L., “La delincuencia urbanística”... Op.cit. págs.51 y 52, nota nº 145.

83 Vid. al respecto BOLDOVA PASAMAR, M.A., *Los delitos urbanísticos...* Op.cit.pág.207.

84 Vid. CONDE-PUMPIDO TOURON, C., “Los delitos urbanísticos o relativos a la ordenación del territorio”, en *Empresa y Derecho penal*. Cuadernos de Derecho Judicial, 1999, pág. 184.

los elementos del *tipo básico de estafa* (248.1 CP) junto con el concreto delito del art.319 CP.⁸⁵ Si bien, por lo general, la *indemnización sería responsabilidad civil asociada al delito de estafa*. Pero si el delito urbanístico no concurriera con una estafa —o ésta no pudiera probarse—, y existiera un tercero adquirente de *buena fe* de la obra, derivada del delito que es demolida, *éste podría tener intervención en el proceso como perjudicado*, exigiendo la indemnización del art.319.3 CP.⁸⁶

En segundo lugar, puede suceder que la Administración cree una apariencia de legalidad respecto a una obra que formal y materialmente resulta contraria a la legalidad urbanística, bien sea porque concede indebidamente una licencia urbanística a favor de dicha obra, bien porque tolera su realización. Así las cosas aunque el promotor de la obra hubiera actuado de buena fe, al estar la obra amparada en una licencia ilegal o inexistente podría cometerse un delito del art.319 CP y procedería la demolición. Pero podría plantearse la responsabilidad patrimonial de la Administración frente al promotor afectado y los potenciales adquirentes, que serían considerados terceros de buena fe.

La delimitación de estos sujetos reviste ante todo, trascendencia en *sede procesal*, a fin de identificar a los *sujetos legitimados* para interponer la acción penal y, en su caso, civil,

85 Respecto de las dificultades para admitir el delito de estafa por falta de engaño, para con los adquirentes de viviendas vid. la SAP de Málaga de 29 junio 2000, donde se enjuicia un *delito de estafa*, por una venta de viviendas prefabricadas mediante paneles de hormigón, siendo paralizada la obra por infracción administrativa. El Tribunal rechazó la existencia de acción engañosa, por ausencia de “buena fe” en los adquirentes de las viviendas pues los querellantes no podían ignorar “...la concreta circunstancia urbanística concerniente a la parcela de su propiedad y donde ordenaron se ubicaran aquellas instalaciones, pues ha de presumírseles, bajo el principio de la debida diligencia atribuible a un buen “paterfamilias” en la administración de su patrimonio y gestión negocial, como también por la suficiente instrucción y el general desenvolvimiento en materias administrativas derivado de su actividad profesional, el conocimiento manifiesto de aquel suelo como urbanizable bajo calificación normativa de unifamiliar aislado”. También respecto a la condena por estafa en la adquisición de viviendas en una urbanización con servicios comunes que nunca se disfrutaron, vid. SAP de A Coruña, de 17 marzo 2008.

86 Próximo RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., ““El restablecimiento del orden jurídico ...” Op.cit.pág.62.

por la comisión de los delitos del art.319 CP. Así, en casos en que la pretensión civil se acumule al proceso penal, la legitimación activa corresponde al que se considere *perjudicado* según el art.10 LECRIM.⁸⁷ Y, puesto que los tres sujetos a que se refiere el art.113 CP (*agraviado, sus familiares y tercero*) son considerados *perjudicados*, todos ellos ostentarían la legitimación activa para el ejercicio de las pretensiones civiles en el proceso penal por los delitos del art.319 CP.⁸⁸

b.III.- El responsable civil por los delitos del art. 319 CP.

Con respecto al **responsable civil (directo)**, ha de hacerse cargo de la citada indemnización quien —o quienes— sea(n) responsable(s) penal(es) de alguno de los delitos del art.319 CP. Es decir, a tenor del art.116.1 CP, en relación con el art.27 CP, *pueden responder de la totalidad del daño, los autores y los cómplices de un delito del art.319 CP*. Así pues, en primer término lo será **el/los autor/es del mismo, conforme al art.28 CP**. Como es sabido, la condición de *parte demandada civil* se adquiere desde el momento en que se formula la pretensión procesal en su contra.⁸⁹ Si, como es usual, la pretensión civil se dirige contra el imputado-acusado, no habrá dificultades para identificarlo como la parte demandada en los delitos del art.319 CP. Así, el autor de uno de estos delitos, puede ser responsable civil bien a título *individual*, bien *conjuntamente* con el resto de intervinientes en

87 Así se desprende, igualmente, del art.110 LECRIM, cuando se refiere a la personación en la causa criminal de “los perjudicados por un delito o falta” y también del art.109.II CP.

88 En conclusión, el ejercicio de la legitimación activa de la acción civil depende de dos circunstancias: la primera, ha de ser el sujeto que soporta el daño (el perjudicado) y, la segunda, este daño ha de tener como causa, única e inmediata, el hecho criminal que se juzga en el proceso penal. Vid. JUAN SÁNCHEZ *La responsabilidad civil en el proceso penal...* Op.cit.pág.241.

89 Vid. JUAN SÁNCHEZ, en *La responsabilidad civil en el proceso penal...* Op.cit.pág.286.

el hecho delictivo, pudiendo éstos resultar, asimismo, autores o cómplices (art.116.1 CP y 100 LECRIM).

En los delitos del art.319 CP apdos.1º y 2º no serán infrecuentes los casos de *responsabilidad plural*, dado que son sujetos activos el promotor, constructor y el técnico-director. Pues bien, tras determinar a los responsables penales, el juez penal habrá de fijar las cuotas entre los mismos, es decir, primero, cuotas entre los autores y los cómplices (también llamadas “*cuotas por grupos*”) y dentro de esta categoría, cuotas de los autores entre sí y cuotas de los cómplices entre sí (“*cuotas de grupo*”).

La experiencia criminológica muestra que, en ocasiones, los delitos del art.319 CP, se cometerán en *coautoría*; por lo que habrá que fijar las cuotas de grupo respecto a cada interviniente. También cabe que, en estos delitos, intervengan distintos agentes de la edificación por diversos títulos de imputación penal (v.gr. constructor que es autor —art.28 CP—) y arquitecto —técnico director— cómplice (art.29 CP).

No puede descartarse que quepa exigir a la *Administración, responsabilidad civil y subsidiaria por daños* causados por autoridades o funcionarios públicos en ejercicio, si son responsables de delitos dolosos o imprudentes (art.121 CP). De modo que, si existen *terceros de buena fe* podrían exigir *responsabilidad civil a la Administración*, cuando, por ejemplo, ésta haya sido promotora o constructora de alguna obra del art.319 CP y, una vez condenada, tenga que ejecutar la demolición a su costa.

Distinto es el caso en que el derribo se debe a la comisión de un delito del art.319 CP por v.gr. un promotor que adquiere de buena fe, una licencia que, posteriormente se comprueba que deriva de una infracción grave y manifiesta imputable a la Administración. En este caso, habría que anular, en vía administrativa o jurisdiccional, la licencia ilegal,⁹⁰ pero procedería la demolición; si bien dado que ello sería consecuencia del funcionamiento

90 Así lo preveían los arts.186, 187 y 188.2 del TRLS de 1976 según indica ARREDONDO GUTIÉRREZ en *Demolición de edificaciones ...Op.cit.* págs.36 y 37.

de un servicio público (art.106.2 CE) que causa una lesión en bienes o derechos de los particulares no obligados a soportarlos, podrían aplicarse las *reglas generales sobre responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas* (arts.139 a 143 LRJAP-PAC).⁹¹

En estos casos se requiere que el daño alegado sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas (art.139.2 LRJAP-PAC). Y, además se establecen los criterios de valoración de la indemnización procedente (arts.141 y 144 LRJAP-PAC).

4.- La medida de reposición a su estado originario de la realidad física alterada (art.319.3 CP) y medidas comunes al Título XVI (arts.339 y 340 CP).

La medida consistente en *reponer la situación del suelo o lugar a su estado primigenio*, ha sido expresamente prevista en el apdo.3º art.319 C.P., de forma novedosa, a raíz de la LO 5/2010, de 22 de junio. Quizá porque hasta ahora esta medida no se preveía expresamente, solía confundirse, en la aplicación de los delitos del art.319 CP, con la de *demolición*. Por ello, con frecuencia, la reposición no se ordenaba expresamente a pesar de los evidentes efectos reparadores que despliega.

Así por ejemplo en la *SAP de Sevilla de 15 noviembre 2007*, se condena a la demolición de la obra imponiendo, a la vez —y como si fuera lo mismo— la reposición: “...y ello a fin de dar protección y como acto de restauración de la legalidad urbanística, de reponer o establecer a su primitivo estado el terreno en el que se levantó ilegalmente por el apelado una construcción que ni estaba autorizada ni era autorizabile...” Vid. también *SAP de Cádiz de 30 noviembre 2009*, FD 3º (AR 2010\ 187594).

La introducción de la *medida de reposición de la realidad física alterada al estado originario*, debe valorarse positivamente, en la línea de lo que venía demandando un sector de la doctrina

91 Vid. PAREJO ALFONSO, L., *La disciplina urbanística*, Madrid, 2006, pág. 165.

penal,⁹² ante todo porque, aunque procederá acordarla por lo general a continuación de la medida de *demolición*, no *necesariamente* ha de suceder siempre así. Y en todo caso, a mi juicio, despliegan efectos distintos que justifican su no confusión: mientras que la *demolición* implica tan sólo derribar lo ilícitamente construido o edificado, sin necesidad de acometer actuación posterior alguna, la *reposición* comportaría volver a dejar el suelo o territorio, en condiciones lo más parecidas posibles —sino idénticas— a las de antes de cometerse un delito del art.319 CP.

Pero, dado que como se ha indicado, los delitos del art.319 CP pueden consumarse con la mera iniciación de actividades de construcción y edificación —a partir, concretamente, del momento de la cimentación de las obras—, puede suceder que no sea preciso la demolición sino que baste la paralización de las actuaciones iniciadas o la deconstrucción de los cimientos, etc. Así, en estos casos no tendría sentido decretar la demolición, aunque sí sería necesario *devolver el suelo o lugar a su estado inicial*.

La medida de demolición no implica *per se* la de reposición. Piénsese, por ejemplo, en el caso en que, antes de llevar a cabo una construcción o edificación ilegales, se haya procedido a la deforestación del terreno, realizando aterramientos; o cuando una demolición obstaculice la posterior recuperación del suelo (v.gr. porque los escombros del edificio produzcan daños adicionales en los valores históricos o artísticos que se predicaban de aquellos suelos —pudiendo constituir, incluso, un delito autónomo—).

En todos estos casos parece que *si no se lleva a cabo una ac-*

92 Vid. la *Propuesta del Grupo de Estudios de Política Criminal* “Una regulación alternativa centra la corrupción urbanística...”, 2010, pág. 35, en la que, como redacción alternativa al anterior art.319.3 CP, se aludía a esta clase de medidas en los siguientes términos: “En cualquier caso el Juez o Tribunal ordenarán la inmediata o más pronta demolición de la obra y *reparación del orden urbanístico vulnerado*, a cargo del autor del hecho, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, a que hubiere lugar.” Según este Grupo de Estudios con la exigencia de *reparación* “.. se exhorta a los órganos jurisdiccionales a que, en caso de acordar la demolición, adopten, asimismo, las *oportunas medidas de restauración o restauración del territorio a su estado anterior* —incluso las comprendidas en la responsabilidad civil—.”

tuación posterior de reparación —v.gr. despejar el suelo de escombros o tratar de recuperar el uso del territorio o su flora y fauna autóctona—, la *lesión a la ordenación del territorio se seguiría produciendo*.

Sentada esta distinción conceptual entre ambas medidas, conviene delimitar la *naturaleza* de la *reposición* prevista en art.319.3 CP por la LO 5/2010, donde —eso sí— al igual que la demolición, se configura como una “*facultad*” en manos de Jueces y Tribunales. Pues bien, en principio, cabría plantearse la posibilidad de adjudicar a la reposición del art.319.3 CP, una naturaleza jurídica de medida integrante de la responsabilidad civil derivada del delito, con base en el art.112 CP, como manifestación de una *obligación de hacer*, en los términos antes indicados. Ahora bien, a este entendimiento se opone la diversa fundamentación que subyace al instituto de la responsabilidad civil “*ex delicto*” y a aquella medida de reposición: mientras que el primero surge como consecuencia de la producción de *daños privados* derivados de la comisión de delitos —y por ende, la reparación en que se traduce ha de ir dirigida a mitigar dichos *daños civiles*—; la reposición configurada en el art.319.3 CP se justifica en la idea de reintegrar la legalidad infringida. Es, en suma, una *medida de restitución de la legalidad urbanística* que participa de las *características y naturaleza* de las correspondientes medidas en el ámbito administrativo urbanístico (v.gr. vid. art.52.1 RDU). De modo que aunque en su contenido, la medida de reposición coincida con una *obligación de hacer* —reparar— *su naturaleza y fundamentos son distintos: la del art.319.3 CP no se dirige a reparar un interés privado, sino a la restitución del orden jurídico-urbanístico conculcado*,⁹³ de modo que cese la lesión al bien jurídico atacado.

Estas medidas son expresión de las potestades de protección de la legalidad urbanística, que, como indica ARREDONDO GUTIÉRREZ pueden concebirse como “...aquéllas cuyo fin

93 Vid. así PAREJO ALFONSO, L., *Disciplina urbanística...* Op.cit.pág.31 y ss.; en especial pág. 104.

sería prevenir e impedir cualquier forma de trasgresión de la legalidad jurídico-urbanística y, en caso de llegar a producirse ésta, remover con la necesaria prontitud sus efectos dañosos para la ordenación establecida, ya sean dichos efectos (..) de alcance material, estrictamente jurídico, o bien una combinación de ambos”.⁹⁴ En definitiva, estas medidas pueden tener una *naturaleza preventiva* del ilícito urbanístico, o bien un *carácter restaurador o reingrador* de la legalidad infringida si tal ilícito ya se ha consumado. En la actualidad, las potestades de protección de la legalidad urbanística se regulan en las diferentes normas autonómicas y con carácter supletorio en los arts.184 a 188 TR. Ley del Suelo de 1976. Como ejemplo de una medida equivalente a la reposición del art.319.3 CP cabe citar la del art.225.1 d) de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana.

Así pues, en el ámbito administrativo, se incluye entre las *medidas para reintegrar la legalidad urbanística infringida*, la reposición de la realidad física a su estado anterior y también —de forma más extrema—, la demolición. A ello hay que añadir que en la jurisprudencia contencioso-administrativa se establece la naturaleza no sancionadora de los expedientes de reintegración de la legalidad y reposición de la realidad física alterada.⁹⁵ Por tanto puede afirmarse que, en el ámbito penal, la restitución del art.319.3 CP, es una *medida no sancionadora y de aplicación facultativa* pues Jueces y tribunales “podrán” aplicarla junto con la demolición, pero también sin necesidad de que ésta sea acordada, si las circunstancias del supuesto no lo demandan.

En definitiva, ha de destacarse la importancia de esta nueva medida del art.319.3 CP en tanto que, sin ser tan drástica como la demolición, la reposición también permite a *los órganos jurisdiccionales dar cauce a la importante función reparadora de la lesión al bien jurídico “Ordenación del Territorio”*. Porque lo cierto es que si no se acompañara a la demolición de esta otra

94 Vid. *Demolición de edificaciones ilegales y protección de la legalidad urbanística*, 2009, 3ª ed., pág.7.

95 Vid. SSTs de 3 octubre 1991 (RA7600); 26 septiembre 1995 (RA6824) y 15 febrero 1996 (RA 971).

medida reparadora, podría quedar frustrado el propósito de una recuperar del territorio o suelo afectado.⁹⁶

Por último, interesa diferenciar esta medida de reposición de las previstas entre las disposiciones comunes al Título XVI: concretamente en el **art. 339 CP** y **art.340 CP**. Y ello sobre la base de los siguientes criterios: A diferencia de la medida de reposición del art.319.3 CP, la del **art.339 CP** sólo cumple una función reparadora cuando haya que volver a establecer el equilibrio *ecológico*; pero no cabe adoptarla a fin de restaurar el equilibrio del resto de valores inherentes a los suelos del art.319 CP.⁹⁷ Es decir, a tenor del art.339 CP, no parece posible adoptar medidas restauradoras cuando la alteración se produzca en suelos v.gr. de valor paisajístico, artístico, histórico, cultural, de dominio público etc., sino sólo para reintegrar aquél equilibrio *ecológico*. En ello no ha variado el art.339 CP a raíz de la L.O. 5/2010, por más que ésta sí haya transformado el carácter facultativo de esas medidas, en preceptivo.⁹⁸

Asimismo, conforme al 339 CP cabe adoptar cualquier otra *medida* para proteger los bienes tutelados en el Título XVI, si bien sólo si son “cautelares” y no otras medidas reparadoras integrantes de la responsabilidad civil derivada del delito.⁹⁹

De otro lado la previsión del **art.340 CP** —denominada por algún sector doctrinal *atenuante de “arrepentimiento ecológico”*—, guarda un paralelismo con la atenuante del art.21.5 CP; aunque también se manifiestan, entre ellas, algunas diferencias, siendo la principal el carácter, en teoría, más beneficioso de la atenuante

96 Vid. también BOLDOVA PASAMAR, M.A., *Los delitos urbanísticos...* Op.cit.pág.204.

97 Vid. GÓRRIZ ROYO, E., *Protección penal de la Ordenación del Territorio...*Op.cit.pág.1163.

98 Y ello porque a raíz de la L.O. 5/2010, en el art.339 C.P. se establece que: “«Los jueces o tribunales ordenarán la adopción, a cargo del autor del hecho, (...)”, en lugar del anterior “..podrán ordenar..”

99 Las *medidas cautelares* que puede permitir adoptar el art.339 CP en relación con los delitos del art.319 CP son, básicamente, la *suspensión de la licencia y la paralización de las obras*. Así vid. GÓRRIZ ROYO, E., *Protección penal de la Ordenación del Territorio...*Op.cit.pág.1164.

específica, dado que obliga a la rebaja de la pena en grado a quien se disponga a reparar o disminuir los efectos del delito.¹⁰⁰ Además el art.340 CP exige que la reparación del daño sea “voluntaria” y no impone que la reparación se produzca “con anterioridad a la celebración del juicio oral” —como sí establece el art.21.5 CP—, aunque esta exigencia debería entenderse implícita, según alguna opinión doctrinal, en el requisito de la “voluntariedad”.

En definitiva la medida prevista en el **art.340 CP** está muy condicionada por el carácter “voluntario” de la reparación y, en consecuencia, sólo podrá admitirse sus efectos atenuatorios respecto a un delito del art.319 CP, si se realiza la demolición de las obras, iniciadas y no acabadas, antes de que se pronuncie la sentencia de condena.¹⁰¹

5.- La medida de demolición del apartado 3º art. 319 CP

a) Introducción

Conceptualmente la **demolición** supone el derribo o destrucción de lo construido o edificado ilegalmente. El análisis de esta medida ha de empezar remontándonos a su *origen*, dado que con anterioridad al Código penal de 1995 ya existía en el *ámbito administrativo*, siendo incorporada por el legislador novedosamente en el art.319.3 CP y suscitando, precisamente por ello, problemas aplicativos de muy diversa índole. Dichas cuestiones se siguen planteando tras la reforma penal de LO 5/2010, pues ésta no ha modificado aquella regulación penal de esta medida.

Entre otras relevantes cuestiones, llama la atención que esta medida haya sido adoptada por el legislador penal en el

100 Vid. GÓRRIZ ROYO, E., *Protección penal de la Ordenación del territorio...*Op.cit.pág. 1167.

101 Pero si antes de dicho pronunciamiento, el autor de un delito del art.319 CP ya hubiera acabado las obras, sólo podrá beneficiarse de la atenuación del art.340 CP, si procede a demolerlas sin ejecutar con ello una medida impuesta por la autoridad administrativa y siempre que el derribo no cause en el concreto suelo en que construyó, un perjuicio mayor. Vid. GÓRRIZ ROYO, *Protección penal ...*Op.cit.pág.1168.

apdo.3º del art.319 CP para que también el juez “pueda” acordarla. Esta previsión hace plantearse, si *se reconoce así implícitamente la ineficacia de la Administración en la aplicación de esta medida*. Con otras palabras, el reconocimiento expreso al Juez de esta facultad podría hallar su razón de ser en que si bien los instrumentos administrativos son idóneos para preservar la legalidad *urbanística*, *el verdadero problema ha sido su inaplicación en la práctica*.¹⁰² En efecto, puede decirse que la intervención penal entendida, no como mero “refuerzo”, sino como garantía de la eficacia del Derecho administrativo en el ámbito de la ordenación del territorio —interés con base constitucional (arts.47 CE y art.148.1.3 CE) pero seriamente deteriorado en muchos lugares de nuestro país—, justifica la necesidad de adoptar una de las medidas que mayores efectos contra-motivadores puede desplegar para tutelarlos.

Junto a las razones político-criminales para introducir la medida de demolición, importa aclarar otras de carácter interpretativo, como por ejemplo ¿qué *naturaleza* cabe atribuir a la demolición del art.319.3 CP?; o ¿cabe aceptar que esta medida es de imposición *obligatoria* en casos de condena?.

La primera pregunta planteada requiere realizar algunas precisiones previas. En primer lugar referidas a la ***operatividad de esta medida en el ámbito administrativo***, respecto a lo que cabe constatar que, en líneas generales, la Administración y, en su caso, el TS han aplicado dicha medida con carácter excepcional y restrictivamente, apelando, para ello, a la *doctrina sobre los principios de congruencia y proporcionalidad*.¹⁰³ Incluso en

102 Al respecto el fiscal de Medio Ambiente y Urbanismo, D. Antonio Vercher Noguera, señaló que “...lo que se pretende es dar un margen de maniobra para que la demolición se ajuste a la realidad y sirva para proteger el medio ambiente, pero se ha interpretado hasta ahora como una cautela contra la demolición.” *Vid.* Entrevista concedida al Diario *El País*, el lunes 30 de octubre de 2006, pág.18.

103 Por ejemplo, según la *STS, Sala 3ª, de 22 de enero de 1988* la demolición es “..absolutamente excepcional y de aplicación restrictiva, pues otra cosa sería contraria a los principios de congruencia y proporcionalidad —art.6

muchos casos en que se ha condenado en vía administrativa a dicha medida, finalmente no se ha procedido a su ejecución por la Administración —por lo general, Ayuntamiento— competente,¹⁰⁴ en unas ocasiones, por falta de interés en el asunto, y en otras por carestía de medios humanos y materiales para ejecutar el derribo.¹⁰⁵

Como reflejo de esta situación puede citarse, por ejemplo, lo constatado en el *Informe a las Cortes Valencianas 2006 del Síndic de Greuges de la Comunitat Valenciana*, según el cual: “..en más ocasiones de las deseables, la Administración suele ser reacia a iniciar los expedientes sancionadores y ordenar la demolición de las construcciones ilegales, muchas veces, por falta de medios personales y materiales para perseguir y castigar todas las infracciones que se cometen en su término municipal.”

Muy probablemente esta forma de proceder de la Administración hizo aumentar las críticas ante su pasividad o escasa eficacia, pero no es menos cierto que ello tampoco justificaba el recurso a la intervención penal, pues para paliar aquella situación se podía haber incidido en una mejor aplicación del derribo en el ámbito administrativo. En su lugar, se optó por extender esta medida a jueces y tribunales de lo penal en el CP de 1995, conservándose esta posibilidad tras la reforma penal operada por la LO 5/2010.

b) Configuración en el ámbito administrativo

En Derecho administrativo, el derribo aparece, en principio, como una consecuencia automática o “*ipso iure*” ante la imposibilidad de legalizar las obras o edificaciones en cuestión o,

RSCCLL— que deben informar la intervención administrativa en materia urbanística, y, por tanto, sólo procederá en el caso de una vulneración irreductible en cualquier otra forma, de la normativa urbanística sustantiva.”

104 Vid. confirmando cierta abdicación a la hora de hacer uso de la medida de demolición por parte de los Ayuntamientos, NUÑEZ SÁNCHEZ, A., “Las facultades judiciales de demolición de construcciones y edificaciones ilegales del artículo 319.3 Código penal”, pág.4.

105 Vid. también POZUELO PÉREZ, L., en “La delincuencia urbanística”... Op.cit.pág.54.

en su caso, por no haberse instado la legalización de las mismas en tiempo oportuno.¹⁰⁶ Esta parece ser la conclusión que se extrae de la propia dicción de algunos preceptos del Reglamento de Disciplina Urbanística (arts.24, 29.4 y 52 RDU, entre otros). No obstante, entre la doctrina administrativa *no es evidente si estamos ante una medida de carácter obligatorio*, toda vez que se destaca su aplicación restrictiva sobre la base del llamado “principio de menor demolición”.¹⁰⁷

En general, para muchos autores administrativistas, la demolición es una medida extrema que ha de aplicarse como carácter excepcional, siguiendo así la doctrina de la Sala de lo Contencioso del TS.¹⁰⁸ La doctrina basada en el llamado “principio de menor demolición” y asentada sobre el postulado de proporcionalidad, parte de considerar a este principio general del derecho como una *regla de común aplicación a todos los casos de intervención administrativa* en la actividad de los particulares, exigiendo congruencia entre medios y fines.¹⁰⁹ Esta concepción doctrinal recibe cobertura jurisprudencial, sobre la base de la interpretación que se hace del principio de proporcionalidad en diversas resoluciones (vid. con carácter general SSTs de 6 de mayo de 1990, de 18 de febrero de 1992 y 2 de octubre de 2002).

Este entendimiento parte de la premisa de que la demolición se integra dentro de las *facultades administrativas de protección de la legalidad urbanística* que son poderes reglados. En consecuencia, en el ámbito administrativo, el procedimiento que

106 Vid. ARREDONDO GUTIÉRREZ, J.M., *Demolición de edificaciones ilegales y protección de la legalidad urbanística*, Granada, 2000, pág.24. Para POZUELO PÉREZ, L./ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., es claro el *carácter imperativo* de las normas que obligan a la demolición de las obras ilegales en Derecho administrativo, en “Demolición o comiso”, *La Ley*, 19 de mayo de 2008, pág.4.

107 Vid. al respecto lo ya indicado en GÓRRIZ ROYO, E., *Protección penal...* Op.cit.pág. 1156.

108 Vid. por ejemplo, en sentido próximo, entre otros, GARCÍA RUBIO, F., *Estudios de Derecho Urbanístico*, Madrid, 2003, pág.136. SANTOS DÍEZ, R./COSTELAO RODRÍGUEZ, J., *Derecho urbanístico. Manual para Juristas y Técnicos*, 6ª ed., 2005, pág.1027.

109 Vid. ARREDONDO GUTIERREZ, J.M., en *Demolición de edificaciones...* Op.cit.págs. 39 y 40.

precede a la orden de demolición *no se considera sancionador*, si bien es cierto que, en ocasiones, puede acumularse a uno de esta clase.

Y ello porque la ejecución de una obra sin preceptiva licencia municipal, puede dar lugar a la incoación simultánea de *dos expedientes*: uno de *protección de la legalidad urbanística*, a través del que se pretende restablecer la situación alterada mediante la legalización de la obra y concediendo la correspondiente licencia o su demolición; otro *disciplinario*, que tiene por fin depurar la responsabilidad por la comisión de posibles infracciones urbanísticas. Por ello, como indica ARREDONDO GUTIÉRREZ, la adopción de medidas de protección de la legalidad urbanística —como la demolición— “...no requiere de la previa resolución, ni aún de la indicación, de un expediente sancionador por infracción urbanística frente a los responsables del ilícito, y sin perjuicio de que estos distintos procedimientos seguidos sobre los mismos hechos puedan tramitarse acumulativamente dada su íntima conexión (art. 73 LRJPAC y 51.2 RDU)...”.¹¹⁰

Así pues, antes de acordar la orden de demolición, como regla general, la Administración ha de realizar una actividad tendente a discernir si las obras incursas en el procedimiento se adecúan o no a la ordenación urbanística aplicable; sólo si son incompatibles o, en su caso, habiendo ofrecido al titular la posibilidad de legalizar las construcciones en plazo,¹¹¹ sin efectuarlo, *procederá acordar la demolición* cuyo alcance ha de atemperarse —incluso en casos en que proceda— conforme a los citados principios de proporcionalidad y “menor demolición”. La aplicación de dichos postulados, sin embargo, se realiza a la postre de un modo casuístico, en atención la jurisprudencia recaída al respecto.¹¹²

110 Vid. ARREDONDO GUTIÉRREZ, J.M., *Demolición de edificaciones...* Op.cit.pág.24.

111 Según reiterada jurisprudencia, la falta del requerimiento previo al titular para que legalice la obra, comporta, por lo general, la nulidad de la orden de demolición —aunque con ciertas excepciones—. Vid. así SSTs de 26 de octubre de 1990 y de 20 de febrero de 1991, entre otras.

112 De hecho ARREDONDO GUTIERREZ, J.M., ha podido extraer algunos criterios generales sobre los casos en que aquellos principios operan a

Incluso pueden señalarse algunas circunstancias que orientarían la aplicación de dichos principios a favor de mantener lo construido, como pueden ser la cuantificación de los costes de las obras adicionales que supondría la demolición y la presencia de terceros adquirentes de buena fe.¹¹³ Así pues, se apela a la idea de mantener lo construido si su demolición resulta más costosa que conservar la obra.

Expuesta esta doctrina, conviene constatar que el procedimiento dirigido a la demolición ha estado previsto, tradicionalmente, en la legislación del suelo estatal de manera que, tras las sucesivas reformas acaecidas en esta materia, encontró acomodo en el art.184 del TRLS de 1976 y en el art.29 RDU. Según estas disposiciones, la demolición constituye una *medida reintegradora o para la restauración del ordenamiento urbanístico conculcado*. En consecuencia, *no existe en esta medida propósito sancionador alguno*, sino que implica *reintegrar a su estado originario el orden jurídico conculcado*; y, de no cumplirse por sus destinatarios, puede ser objeto de ejecución forzosa por parte de la Administración.

Para que la operatividad de dicha medida entre en marcha ha de ser la Administración la que realice un requerimiento de legalización al administrado mediante la solicitud de la oportuna licencia. Transcurrido el plazo de dos meses —previsto en el art.29.5 RDU— del que disponía el interesado para solicitar licencia, o bien si dichas obras eran ilegalizables, procedía la orden de demolición. También puede proceder ésta, cuando ya

favor del mantener la construcción cuya demolición se haya ordenado. Por ejemplo: a) en los casos de obras extralimitadas, amparadas parcialmente por un título administrativo existente, la demolición no podrá alcanzar las obras legalmente ejecutadas en virtud del mismo; b) habrá que atender al alcance o entidad cuantitativa de la ilegalidad cometida (a veces habrá que considerar parámetros de edificabilidad, o pueden existir márgenes de tolerancia de errores propiciados por ciertas soluciones de técnica edificatoria, etc.) Vid. *Demolición* ...Op.cit.págs. 42 a 50.

- 113 Vid. PAYÀ GASENT, “La demolición en las infracciones urbanísticas: Aproximación a los criterios jurisprudenciales en la aplicación del principio de proporcionalidad”, *RDU*, núm.99 (1989), pág.90.

se hubiera denegado la licencia preceptiva.¹¹⁴ Según la citada legislación estatal, el *órgano municipal competente* para acordar la demolición sería el *Ayuntamiento Pleno* (art.184. 3 y 4 TRLS de 1976) salvo las excepciones allí previstas.¹¹⁵

En la actualidad, son las propias **legislaciones autonómicas** sobre ordenación del territorio y urbanismo las que, con preferencia, *pueden regular la medida de demolición*, como así efectivamente sucede en la mayoría de Comunidades.

Por ejemplo, en la Ley Urbanística Valenciana 16/2005, de 30 de diciembre (LUV), esta medida se prevé en el art.225 a) como medida de restauración de la legalidad urbanística (“tratándose de obras de edificación, las operaciones de restauración consistirán en la demolición de las edificaciones realizadas ilegalmente”). Asimismo, la competencia para acordar la demolición de lo indebidamente construido correspondería al Alcalde (art.227 LUV); siendo el plazo máximo para notificar y resolver el expediente de restauración de la legalidad urbanística, de 6 meses.

c) Ámbito de aplicación.

Sentado el entendimiento y régimen jurídico de la demolición en el ámbito administrativo, conviene abordar la cuestión de la ***operatividad de la demolición en el ámbito penal***. Ha de partirse de que, en principio, esta medida aparece legalmente prevista en manos del juez con carácter *facultativo* —no obligatorio—; así lo entienden ya la mayoría de resoluciones (vid. SAP de Jaén de 6 julio 2006, F.D.2º, AR 2006/440), toda vez que destacan que no tiene carácter sancionador (vid. *SAP de Cádiz* (Secc.1ª), de 30 noviembre 2009 (AR 2010/187594). En efecto, cabe afirmar, con la mayoría de resoluciones así como con parte de la doctrina penal —siguiendo en este punto a la administrativa—, que *la demolición no tiene naturaleza sancionadora*.¹¹⁶ Si

114 Vid. así GARCÍA RUBIO, F., *Estudios de Derecho urbanístico*. Op.y loc. ult.cit.

115 Vid. PAREJO ALFONSO, L., *La disciplina urbanística*. Op.cit. págs. 36 a 65.

116 Vid. *in extenso* RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I, *Demolición por delito*, Granada, 2009, págs. 16 y ss.

bien no puede obviarse, que en el ámbito urbanístico *el derribo de la obra es, probablemente, uno de los recursos que despliega mayor fuerza de prevención general*.¹¹⁷ De ahí que se critique el traslado, al ámbito penal, de la doctrina administrativa que restringe la aplicación de la demolición sobre la base, teóricamente, de los principios de congruencia y proporcionalidad.¹¹⁸

Pese a ello, puede decirse que *en los últimos tiempos, la tendencia más común en recientes sentencias del orden penal es la de aplicar la demolición*, una vez recae la condena por un delito del art.319 CP.

Vid. entre otras muchas las *SSAP de Almería (Secc. 3), de 29 abril de 2010 (AR.2010/738), FD 4º; SAP de Sevilla, de 26 marzo 2010 (Sección 1), F.D.6º (RA 2010\ 876); SAP Jaén de 16 abril 2010 (Secc.2º) FD 4º (AR 2010\ 725)*.¹¹⁹ Concretamente en la *SAP de Jaén de 6 julio 2006 (AR 2006/440)*, se justifica la aplicación de esta medida del art.319.3 CP, porque la edificación fue construida en una zona que merece una especial protección porque muy cerca de allí “...anidan Águilas perdiceras, con baja tolerancia a la presencia humana, especie en declive y considerada en niveles de especie amenazada en España y en Europa

117 Vid. QUINTERO OLIVARES, G., “Infracciones urbanísticas y delitos relativos a la ordenación del territorio” en *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1997, pág.378

118 Según BOLDOVA los tribunales vienen resaltando el carácter absolutamente excepcional de esta medida “...en franca oposición a la letra de la ley...” en *Los delitos urbanísticos...* Op.cit.págs.208 y 209.

119 También se confirma acordar la demolición en las *SSAP de Almería (Sección 3)*, de 17 septiembre 2009 FD 4º (A 2009\ 1402); de 5 marzo 2010 (AR 2010\ 184654), F.D.5º; *SAP de Asturias (Secc.2ª)*, 5 febrero 2009 (AR 2009/732), FD 3º; *SAP de Cádiz (Secc.1ª)*, de 30 noviembre 2009 (AR 2010/187594), 24 noviembre 2009, FD 4º y 5º (AR 2009\ 173)FD 3; *SAP de Córdoba*, 18 diciembre 2008, (AR 2009\ 200757) FD 3º; *SSAP de Jaén* 31 marzo 2009, FD 3º, (AR 2009\ 273894); de 27 enero 2009 (Secc.2ª), FD 3º (AR 2009\ 157028); *SSAP La Coruña de 28 de marzo y de 10 mayo 2006; SSAP de Málaga* 3 junio 2009 (Secc.9) FJ 1º (AR 2009\ 377912); de 21 septiembre 2009 (Secc.9ª) FD 2º (AR 2010\ 88370); *SSAP de Sevilla* de 18 mayo 2009, FJ 6º (AR 2009/1153); de 19 mayo 2009, FD 7º (AR 2009/1153); de 26 mayo 2009, FD 2º (AR 2009\ 312326); 13 noviembre 2009, (Secc.3) FD 5º (AR 271/2010); 14 diciembre 2009 (Secc.1ª), FD 10 (AR 2010\ 138886); 15 diciembre 2009, (Secc.3ª) FD 1º y 2º (AR 2010\ 424)

(...).” Todo ello, “...unido a la voluntad de engaño al solicitar una Licencia de Obras para una caseta y edificar una vivienda enorme e ilegal, que causa incluso impacto ambiental y visual negativo, aconsejan —según el tribunal— que se proceda a la demolición de esta edificación” (F.D.2º).

No obstante, también han recaído resoluciones en las que se *rechaza aplicar la demolición de lo edificado*, bien por considerar que vulnera los principios de proporcionalidad, igualdad o seguridad jurídica, bien porque la obra ilegal se realizó en un “núcleo de población consolidado”, o incluso porque, por su *carácter excepcional* en el ámbito penal, ha de relegarse al ámbito administrativo.¹²⁰

Vid. *SAP de Cádiz de 27 de enero de 2010* (AR 2010\ 186276) donde se apela al carácter desproporcionado de la demolición para dejarla sin efecto (FD 2º). Por su parte la *SAP de Jaén de 22 marzo 2007*, rechaza aplicar la *demolición*, apelando a que no se quiere conculcar los principios de igualdad (art.14 CE) y de seguridad jurídica y “..dejando claro que en este Paraje concreto de (...) existen al menos cuatro supuestos en los que no se ha acordado la demolición, (...) y *con el fin de evitar un trato discriminatorio y un agravio comparativo*, procede no acordarla, insistiendo en que ello es así por los precedentes existentes al respecto, pues en caso contrario y concurriendo los requisitos legales, estaríamos ante un supuesto en que la demolición sería procedente..”. De otro lado, se alude al carácter excepcional de la demolición v.gr. en la *SAP de Jaén de 13 julio 2006* (Sección 1), en donde además para rechazarla se dice que “...podría pensarse que resulta incoherente declarar que la obra realizada es ilegal y constitutiva de la infracción penal del art.319 y luego no adoptar las medidas oportunas para eliminar tal legalidad,

120 En el sentido de declarar improcedente la demolición vid. también *SSAP de Cádiz* de 5 diciembre 2008, FD 1 y 2 (AR 2009\ 241); 31 de marzo 2009, FD 4º (AR 2010\ 188979); 26 de mayo 2009, FD 1º (AR 2009\ 353762) 12 de junio 2009, FD 2º (AR 2010\ 14248); 16 junio 2009, FD 6º (2010\ 188621); *SSAP de Jaén* 23 de febrero de 2009, FD 2º y 3º (AR JUR 2009\ 197482); de 19 mayo 2009, FD 1º (AR 2009\ 378385); 9 de octubre 2008, FD 2º y 3º (RA 2009\ 52401); *SAP de Murcia* de 30 marzo 2009, F.D 4º (AR 2009\ 479973); *SAP de Sevilla* de 23 abril (RA 2009\ 707) y 24 abril 2009, FD 4º (AR 2009\ 846)

pero la incoherencia no resulta tal cuando esas posibilidades de demolición las sigue manteniendo la administración, una vez resuelta la cuestión penal atinente al caso.” Por último, se recurre a la existencia de un *núcleo de población consolidado*, como argumento para rechazar la demolición, entre otras en las *SSAP de Cádiz de 29 noviembre 2007, 17 de julio (AR 2010\ 13273)* y *7 de septiembre 2009, FD 4º, (AR 2010\ 12600)*.

En otro orden de cosas, con respecto al **contenido** de esta medida, ha de destacarse que el art.319.3 CP alude a la “demolición de la obra”. De su interpretación gramatical cabe deducir dos consecuencias: de un lado, al aludir a “obra”, *el ámbito de aplicación de esta medida se extendería a los casos de condenas por los delitos previstos tanto en el apdo.1º como 2º del art.319 CP*. De otro, como se explicó, la referencia típica a “demolición” sólo faculta a decretar el derribo; y por tanto, ha de diferenciarse de la reposición del suelo a su estado anterior a la comisión del delito.¹²¹ A pesar de ello, algunas sentencias de condena por el art.319 CP evidencian una confusión basada en la idea de que ambas medidas —demolición y reposición— son una misma cosa.

Así por ejemplo, en la *SAP de Sevilla 19 noviembre 2008 (TOL 1632441)*, F.D.4º se considera oportuno mantener la medida de demolición: “...y ello a fin de dar protección y *como acto de restauración de la legalidad urbanística, de reponer o restablecer a su primitivo estado el terreno en el que se levantó ilegalmente* por el apelado una construcción que ni estaba autorizaba ni era autorizable, como hemos indicado. Dicho derribo es la única forma en que puede ser restablecida la legalidad urbanística transgredida, cuando se edificó en suelo no urbanizable ilegalmente (...)” (cursiva añadida).

En definitiva, a pesar de que *la demolición y la restitución de la realidad física son medidas para la reintegración del orden urbanístico*, tienen un contenido diferente. Ésta es, según creo, la perspectiva adoptada por el legislador penal de 2010 dado que en

121 Vid. NUÑEZ SÁNCHEZ, “Las facultades judiciales de demolición ...”, Op.cit. pág.10.

el apdo.3º art.319 CP ha previsto expresamente ambas medidas como si de recursos distintos se tratara. Por tanto, en casos de condena por uno de los delitos del art.319 CP cometidos *antes* de la reforma penal de LO 5/2010, el juez de lo penal no podrá adoptar la reposición —aunque sí en el ámbito administrativo—. Y para los delitos cometidos *a partir de* la entrada en vigor de la LO 5/2010, reposición y demolición podrán adoptarse a tenor del apdo.3º art. 319 CP.

d) ¿Carácter obligatorio o facultativo de la demolición?

Esta cuestión no sólo ha suscitado una discusión interpretativa sobre el tenor del art.319.3 CP en la doctrina penal más reciente, sino también en sede jurisdiccional.

Por ejemplo, en la *SAP de Sevilla de 11 septiembre 2008* (TOL 1632647), F.D. 6º, se constata que: “Existen órganos judiciales que consideran que la introducción de esa expresión, “podrán”, lo que abre es una facultad excepcional. Sin embargo, ni desde el punto de vista gramatical ni desde una perspectiva legal puede identificarse discrecionalidad con excepcionalidad. Entendemos que, en definitiva, la decisión sobre si ha de acordarse o no la demolición, ha de ponerse en relación con la naturaleza misma de estos delitos y con la respuesta general del ordenamiento jurídico respecto de la restauración de la legalidad urbanística (...)”. Vid. en el mismo sentido las *SSAP de Almería (Secc. 3), de 5 de marzo (AR 2010\184654), F.D.5º*; y *de 29 abril de 2010 (AR.2010/738), FD 4º*.

Para enfocar esta controversia hay que partir de que, a la misma, subyace la duda de si los términos en que está redactado el apdo.3º art.319 CP implican que la aplicación de esta medida es, en todo caso, *facultativa* o puede considerarse que su imposición en supuestos de condena por delito urbanístico es *obligatoria*, debiendo motivarse, en dichos casos sólo la no aplicación de la misma. En principio, una interpretación más apegada al texto legal, obligaría a rechazar esta última posibilidad.

Así se ha entendido en alguna sentencia como en la *SAP de Jaén de 13 febrero de 2007*, al afirmarse que “...la norma contenida en

el art.319.3 CP no impone al juzgador la obligación de demoler lo edificado, sino que tal precepto contiene la expresión “podrán ordenar”, exigiendo la necesidad de motivar la demolición.” (...)

Lo anterior ha de contrastarse, no obstante, con el dato señalado de que, en el orden administrativo no es una medida de naturaleza sancionadora, sino para restituir la legalidad urbanística; lo que hace que la demolición aparezca como una consecuencia automática o “*ipso iure*” de la imposibilidad de legalizar las obras o de la omisión de la instancia para legalizarlas en tiempo oportuno.¹²² En este sentido, algunas resoluciones postulan aplicar la demolición como *regla general* y sólo excepcionalmente y cuando así se motive, decretar su *no imposición*.

Vid. así las SSAP de Cádiz (Secc.1º) 30 noviembre 2009, FD 3º (AR 2010\ 187594), de Málaga 3 junio 2009, FD 1º (AR 2009\ 377912) y de Sevilla 11 septiembre 2008, F.D. 6º (TOL 1632647) donde se afirma que “...por regla general, no cabe otra forma de reparación de la legalidad alterada que la demolición de lo irregularmente construido, de modo que habrán de ser, en su caso, circunstancias excepcionales las que pueden llevar al tribunal a ejercer la facultad que se le atribuye en este apartado 3 del art. 319 del Código Penal en el sentido de no acordar la demolición (...)”.

Expuestas las distintas posturas cabe concluir afirmando que una interpretación más acorde con el principio de legalidad y, por tanto, con el tenor literal del apdo.3º art.319 CP, obliga a mantener que cuando el legislador penal se refiere a que los “jueces y tribunales *podrán*...” indica que se pone a su disposición una *medida potestativa* o de *carácter facultativo*,¹²³ cuya imposición

122 Vid. NUÑEZ SÁNCHEZ, A., “Las facultades judiciales de demolición...” Op.cit.pág.13.

123 Véase, por ejemplo, el art.327 CP conforme al CP de 1995, en que se aludía a que “el Juez o Tribunal podrá...” adoptar alguna de las medidas accesorias del art.129 CP. En la redacción del mismo art.327 CP tras la LO 5/2010, se indica que “... los jueces y tribunales *podrán* asimismo imponer las penas (...)” Estas cláusulas no se entienden como mandatos para que el juez imponga las medidas allí previstas sino, más bien, como *facultades* que el Juez puede accionar. Frente a ello, según doctrina y jurisprudencia mayoritarias,

ha de *motivarse* en el caso concreto. Entiendo que, esta última interpretación se adecúa sin fricciones al principio de legalidad y por ello ha de prevalecer frente a las anteriores, a pesar de que aquéllas podrían reforzar la aplicación de la demolición, si bien no se fundan en una interpretación objetiva de la norma. Así pues se traslada la clave de la imposición de la medida *a las razones o fundamentación que se aleguen para decretarla*. Y si bien es cierto que, como se indica en alguna sentencia (vid. SAP de Granada de 25 abril 2008, F.D.1º, TOL 1624321) el legislador no dice en qué criterios fundar la demolición, no lo es menos que tampoco parece procedente que los mismos deban tasarse en la legislación penal. A pesar de ello, en algunas resoluciones jurisprudenciales se han apuntado posibles fundamentos:

Entre otros criterios se cita la *gravedad* del hecho, la *naturaleza* de la construcción, la *proporcionalidad* de la medida (en relación con el daño que causaría al infractor en caso de implicarse intereses económicos o verse afectados derechos fundamentales) la *naturaleza* de los terrenos (diferenciando si son de especial protección, de uso agrícola, etc.; vid. SAP de Jaén de 30 de marzo de 2007). Pero, como se indica en la SAP de Málaga de 3 de junio de 2009 (AR 2009\377912), no parece adecuado considerar criterios determinantes para no acordar la medida, entre otros, la actividad o inactividad previa de la Administración, el valor económico y el quebranto que al infractor supone la demolición, futuras e hipotéticas posibilidades de legalización, ni “...que la edificación no sea exclusiva ni única, sino que existen otras en la misma zona o entorno, pues (...) permitiría precisamente ese «efecto llamada» para seguir realizando construcciones ilegales sobre los despojos de lo aún preservado; se llegaría incluso en este desafuero al paroxismo de hacer en muchos casos de mejor derecho aquellos en los que el ataque al bien jurídico es más brutal (...)” (FD 1º).

A mi modo de ver, tal y como sucede en el ámbito administrativo, sobre todo será el *criterio objetivo de la intensidad del ataque al bien jurídico por la concreta obra*, el que mayor

son de aplicación obligatoria v.gr. las medidas de los arts.338 CP (“...se impondrán...”) y 340 CP (“...los Jueces y Tribunales le impondrán...”).

protagonismo haya de cobrar (vid. próximas SSAP de Granada de 25 abril 2008, F.D. 1º y Málaga de 3 de junio 2009, FD 1º). En todo caso, ha de ser el concreto juzgador el que, a la vista de las circunstancias particulares, decida acordarla y la motive, esto es, explicita los criterios en que haya de fundarse esta decisión.

Por otra parte, la aludida falta de criterios legales tampoco ha de entenderse, como se ha propuesto en algunas resoluciones, como que la demolición sólo puede aplicarse en los casos más graves de comisión de los delitos del art.319 CP.

Es decir, conforme a la redacción originaria del art.319 en el CP de 1995, en diversas resoluciones se suscitó la cuestión acerca de *si sólo era posible imponer la demolición en casos de condena por el delito del art.319.1 CP o también por el delito del art.319.2 CP*. Así, incluso se ha criticado lo que parece ser la tendencia general de las audiencias provinciales, a aplicar la demolición al delito del apdo.1º art.319 CP y no al del apdo.2º art.319 CP (así vid. SAP de Jaén 30 marzo de 2007).

A mi entender *la aplicación de la demolición sólo a los delitos del apdo.1º art.319 CP no tiene fundamento legal*: dicha medida se prevé en el apdo.3º, que se refiere a los delitos de los dos apartados del art.319 CP (así vid., entre otras, la SAP de Sevilla de 31 julio 2008, F.D. 6º (TOL 1632653). Con mayor motivo a partir de la LO 5/2010, en la que se han equiparado las conductas típicas de los delitos de los apdos. 1º y 2º del art.319 CP refiriéndose a “obras”, término usado en el apdo.3º. En definitiva, *el elemento típico de los suelos y lugares — esto es, el objeto material—, no puede determinar la aplicación de la demolición. Ni tampoco puede admitirse que, en caso de condena por el delito del apdo.2º, dicha medida deba excluirse siempre*.

Frente a la ausencia de criterios para aplicar la demolición en el apdo.3º art.319 CP, ha de repararse en que, al menos, en este apartado se establecen *dos parámetros* para su adopción: por una parte los Jueces y Tribunales podrán adoptarla “*en cualquier caso*” y, por otra, “*motivadamente*.”

El empleo de la expresión “en cualquier caso” en este apartado, ha sido una de las razones esgrimidas para defender que

la medida de demolición no es una facultad discrecional en manos de los Jueces y Tribunales, sino que su adopción debe siempre fundamentarse cuando los órganos jurisdiccionales tengan la convicción de que se ha vulnerado el orden urbanístico.¹²⁴ Y ello con independencia de que la Administración haya continuado con los trámites para la restauración del orden jurídico-urbanístico infringido o decida también adoptar la demolición.

En suma, dado que la facultad de ordenar la demolición de las obras no es discrecional, el juez o tribunal deberá *motivar* la decisión que adopte en relación con la demolición, (apdo.3º art.319 CP). Es decir, tendrá que explicar las razones por las que ha llegado a decretar la demolición.¹²⁵ Con respecto a los ***requisitos de motivación***, únicamente recordar que, conforme a los criterios generales exigidos por el TC, a través de su doctrina, el deber de motivación forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (vid. STC 214/2000, de 18 de septiembre, Sala 1ª).¹²⁶ Por todo ello puede decirse que el requisito de la *motivación* garantiza que el acuerdo de la medida de demolición no sea una facultad puramente discrecional sino susceptible *de control y revisión* mediante el mecanismo de recursos de que dispone el ordenamiento jurídico.

Por último, entre los posibles criterios en que puede motivarse el acuerdo de demolición, destaca la *necesidad de que cese la ofensa al bien jurídico y por ende, de restaurar el orden urbanístico vulnerado*. Ante todo, ello se evidenciará, cuando la construcción o edificación realizada fuera no autorizable, es decir,

124 Vid. así ACALE SÁNCHEZ, M., *Los delitos urbanísticos...*Op.cit. pág.332.

125 Vid, GÓRRIZ ROYO, E., *Protección penal de la Ordenación del territorio...*Op.cit.pág.1160.

126 Asimismo, se entiende que una breve o escueta fundamentación no deja de considerarse suficientemente motivada si en ella se exterioriza el criterio jurídico esencial que justifica la decisión judicial (STC 165/1999, de 27 de septiembre, Sala 2ª).

*ilegalizable conforme al planeamiento vigente al tiempo de cometerse los hechos o de acuerdo a otro planeamiento futuro.*¹²⁷

Un caso en que resulta difícil motivar la demolición puede ser aquél en que, una vez cometido el delito del art.319.1 CP pero antes de dictar sentencia, la Administración ejerza su “ius variandi” y realice una modificación del planeamiento, a través de la cual una construcción delictiva pudiera quedar legalizada. Parece que carecería de fundamento aplicar la demolición a esa obra legalizada “ex post” (vid. próximas las SSAP de Sevilla de 11 de septiembre de 2008, F.D. 6º y de Jaén 22 de marzo 2007). Este último caso, pudo haberse tenido en cuenta por el legislador penal de la LO 5/2010 para prever, como se detallará en el próximo apartado, el instituto del *comiso*.

e) Naturaleza jurídica

A modo de conclusión de todo lo expuesto, conviene abordar finalmente la pregunta acerca cuál sea la *naturaleza jurídica* de la demolición. Ha de partirse para ello de nuevo de que, por todo lo que se ha indicado, no participa de los caracteres de una sanción (así, entre otras la SAP de Jaén de 30 marzo 2007). Y ello porque, en el ámbito administrativo del que procede, ni los *expedientes para la adopción de esta medida* se encuentran sujetos a los principios propios de los procedimientos sancionadores, ni el *procedimiento* para imponer la demolición tiene naturaleza sancionadora, según viene reconociendo reiteradamente la Sala tercera del TS.¹²⁸ Y en consecuencia, también en el ámbito penal la demolición se configura como una medida *con carácter no punitivo*. Ello despeja algunos problemas, pero también abre otros interrogantes. En efecto, de un lado así entendida la demolición no cabe apelar a la proscripción de *bis in idem* cuando se imponga

127 Vid. próximo NUÑEZ SÁNCHEZ, A., para quien resulta factible la demolición condicionada y que ésta podría quedar sin efecto en el curso de la ejecutoria, en “Las facultades judiciales ...” Op.cit.pág.58.

128 Vid. así, entre otras, la STS de 15 de febrero de 1996. Vid. también NUÑEZ SÁNCHEZ, A., en “Las facultades judiciales ...” Op.cit.pág.13.

junto con sanciones —penales o administrativas—;¹²⁹ pero, al menos en el ámbito penal, surgen dudas acerca de si esta medida resulta susceptible de *prescripción*, y en definitiva, se plantea ¿qué *naturaleza* posee?. A esta cuestión se ha podido contestar con diversos argumentos.

En múltiples resoluciones penales se defiende su carácter de medida integrada en *la responsabilidad civil derivada del delito*.

Así por ejemplo, en la SAP Jaén 22 de marzo de 2007. E incluso se apunta que, específicamente la demolición tiene cabida en el art.112 CP como medida que equivaldría a la reparación del daño mediante la imposición de una obligación de hacer (vid. SAP Sevilla 11 septiembre 2008, F.D. 6º).

Sin embargo, en otras resoluciones se admite tanto su naturaleza derivada de la responsabilidad civil, como de medida de reposición y de medida para restaurar la legalidad urbanística, en lo que podría denominarse una *propuesta mixta y ambigua*. Así la SAP de Sevilla de 19 noviembre 2008, se acuerda la demolición “...con fundamento en lo dispuesto en los artículos 109 y siguientes y 319.3º todos ellos del C. Penal y ello a fin de dar protección y como acto de restauración de la legalidad urbanística, de reponer o restablecer a su primitivo estado el terreno en el que se levantó ilegalmente por el apelado una construcción que ni estaba autorizaba ni era autorizable, como hemos indicado” (F.D.4º)

Por último, en algunas sentencias incluso *se niega el carácter de medida integrada en la responsabilidad civil*, aunque con argumentos confusos. Así la SAP de Jaén de 30 de marzo de 2007 sostiene que “Se trata de una consecuencia jurídica del delito prevista en la norma, y puede considerarse de carácter civil, en cuanto que pudieran englobarse sus efectos en el artículo 110 del Código Penal. Implica la restauración del orden jurídico conculcado (...) No se trata de una pena al no estar recogida en el catálogo de penas que contempla el Código Penal, *ni se puede considerar como responsabilidad civil derivada del delito*, dado su carácter facultativo aunque no arbitrario...” (cursiva añadida)

129 Vid. arts. 133, 130.2 LRJPAC y 225 TRLS de 1976. Así vid. ARREDONDO GUTIÉRREZ, J.M., *Demolición de edificaciones...* Op.cit.pág.26.

También niegan que sea una medida de responsabilidad civil, las SSAP de Jaén, 18 de junio de 2007, de Sevilla, 15 de noviembre de 2007 y de Granada, 25 de abril de 2008, F.D. 1º

Asimismo, en la *doctrina penal* inicialmente se consideró que se trataba de una consecuencia del delito de naturaleza civil,¹³⁰ incluso hubieron posturas mixtas que entendían la demolición como una parte de la reparación que entrañaba cierto grado de represión.¹³¹ No obstante, entre la doctrina más recientes se abre paso la idea de que constituye una *medida de restauración de la legalidad urbanística* o de restauración del suelo al momento anterior al daño causado por la infracción,¹³² sin carácter sancionador y que tampoco puede ser catalogada como medida cautelar.¹³³ Postura que ya acogen también algunas sentencias que conciben la demolición como una *medida de protección de la legalidad urbanística* (v.gr. SAP de Jaén de 6 julio 2006).

No puede obviarse, por último, que en otras sentencias, incluso se aplica la demolición en calidad de *trabajo en beneficio de la comunidad*.

Así en la *STS de 17 de octubre de 2006* se afirma que “...las previsiones del art.319.3 CP permiten la destrucción de la obra ilegal, estimamos que lo más adecuado es que el propio condenado derribe, como trabajo en beneficio de la comunidad, la obra que excede de lo permitido al invadir el dominio público marítimo-terrestre, lo que no constituye un gravamen desproporcionado si tenemos en cuenta que se trata de un voladizo de 1,82 metros cuadrados.”

Pues bien, expuestas las distintas posturas tendentes a delimitar la naturaleza de la demolición, me inclino a seguir

130 Vid. así DOMÍNGUEZ LUIS/FARRÉ DÍAZ, *Los delitos relativos a la ordenación*..Op.cit.pág.151.

131 Vid. QUINTERO OLIVARES, G., “Infracciones urbanísticas y delitos..” Op.cit.págs. 377 y 378.

132 Vid. así ACALE SÁNCHEZ, M., *Delitos urbanísticos*...Op.cit.págs.328 y ss. POZUELO PÉREZ, L., “La delincuencia urbanística” en *Derecho penal de la Construcción*...Op.cit.pág.52.

133 Vid. así GÓRRIZ ROYO, E., *Protección penal de la Ordenación del territorio*...Op.cit.pág.1152.

concibiéndola como *una medida de restitución del orden urbanístico vulnerado, no punitiva y distinta a la responsabilidad civil derivada del delito*.¹³⁴ Y ello por diversas razones sobre las que interesa incidir: de un lado, parece evidente que *no estamos ante un trabajo en beneficio de la comunidad*, pues no cumple con los fines establecidos para este instituto. Descartada también su naturaleza sancionadora, parece que adquiere verosimilitud la opción que plantea su *naturaleza de medida integrada en la responsabilidad civil derivada del delito*. Ahora bien, a este entendimiento cabe realizar algunas objeciones: la más contundente de ellas es que *el interés por la demolición no pertenece al Derecho privado, sino al Derecho público*;¹³⁵ en efecto, aún cuando, en ocasiones, la comisión de un delito del art.319 CP pueda producir daños privados a terceros, no son éstos los que motivan la aplicación de la demolición. Con ella no se trata de reparar daños civiles, sino restablecer la legalidad urbanística conculcada para que cese la ofensa a un bien jurídico colectivo. Ello no es óbice para que, en efecto la demolición manifieste un *contenido reparador*,¹³⁶ como las medidas reparadoras de índole civil, pero *su naturaleza y fundamentos* son distintos.

En suma, *si la demolición que corresponde ejecutar al juez penal no coincide con los fundamentos de ninguna las instituciones citadas ¿qué naturaleza manifiesta?* Puede afirmarse

134 Vid. la postura que defendí en *Protección penal de la Ordenación...* Op.cit. págs. 1151 y ss.

135 Como indica ARREDONDO GUTIÉRREZ, J.M., existiendo un interés público prevaleciente en la efectiva aplicación y mantenimiento de la ordenación urbanística establecido por las leyes y normas del planeamiento, manifestado en el art.34 TRLS, es claro que se sacrifica al mismo cualquier consideración sobre la seguridad en el tráfico jurídico-inmobiliario de carácter privado”, en *Demolición ...* Op.cit.pág.28. Vid. también BOLDOVA PASAMAR, en *Los delitos urbanísticos...* Op.cit.pág.206.

136 Según CONDE-PUMPIDO TOURON, C., la norma del art.319.3 CP “..tiene también un fundamento de *reparación del daño causado al interés colectivo*, reponiendo la situación al estado anterior a cometer la infracción”, en “Los delitos urbanísticos o relativos a la ordenación del territorio” (dir. BAJO FERNÁNDEZ), *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ Madrid, 1999, págs. 183 y 184.

que la medida de demolición no tiene fácil encaje en ninguna de las categorías penales, tradicionalmente, admitidas en la doctrina penal.¹³⁷ Sin embargo, *en el ordenamiento jurídico ya existen distintas medidas que pertenecen a la legislación penal, en cuanto suponen un gravamen; pero no participan de la naturaleza sancionadora ni tampoco de la de la responsabilidad civil “ex delicto”*.

En efecto, puede afirmarse que no todo acto del poder público de contenido desfavorable para el particular ha de tener naturaleza sancionadora. De hecho, si atendemos a la *jurisprudencia constitucional*, de ella se desprende que no toda consecuencia jurídica gravosa impuesta por un poder público a un sujeto puede conceptuarse, sin más, como una sanción (vid. así SSTC 164/1995, de 13 de noviembre (Pleno) y 48/2003, de 12 de marzo).

Así se ha podido delimitar una serie de medidas, que aún siendo gravosas para los ciudadanos, no pueden equipararse a figuras sancionadoras y resarcitorias.¹³⁸ Entre dichas medidas con fin restablecedor de la legalidad, el TC ha identificado, por ejemplo, la interrupción de la emisión y la clausura de los equipos con una emisora de radiodifusión que emite de forma clandestina (sin haber obtenido previa licencia);¹³⁹ o de forma más conocida, las medidas adoptadas a raíz de la sentencia del TC sobre la ilegalización de partidos políticos. En efecto, en la STC 48/2003, al analizar la constitucionalidad de la L.O. 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, se estableció que las causas de disolución e ilegalización fijadas en la citada Ley eran, en realidad, las condiciones esenciales definidoras del partido político que sirven para garantizar que éste, realmente, atienda a una función constitucionalmente asignada de expresión del pluralismo. Puede

137 Vid. en este sentido, el comentario que realiza NÚÑEZ SÁNCHEZ a la postura defendida en mi trabajo de 2003, en “Las facultades judiciales de demolición...” Op.cit.pág.16.

138 Se trata de medidas cuya función primordial es la de reintegrar el orden jurídico perturbado —lo que sólo se consigue mediante el cese de la actividad ilícita y sus efectos— y básicamente se emplean para corregir los desequilibrios entre las exigencias legales y la realidad material.

139 Vid. STC 119/1991, de 3 de junio.

decirse, por tanto, que el TC adoptó medidas cuya finalidad principal sería *la del restablecimiento de la legalidad*, sin necesidad de imponer medidas de carácter afflictivo.

A lo anterior hay que añadir que en Derecho administrativo existen, como se ha indicado, las medidas pertenecientes a las *potestades de reintegración de la legalidad urbanística*, entre las que se encuentra tanto la demolición como la reposición de la realidad física a su estado anterior y que, como se explicó, tienen *naturaleza restauradora de la legalidad*. Trasladando estas consideraciones a la medida del apdo.3º art.319 CP puede extraerse que la demolición sería *una medida de restablecimiento de la legalidad*. Es decir, *una medida que garantiza el cumplimiento de la ordenación urbana prevista en la legislación del suelo y, en desarrollo de ésta, en los distintos instrumentos de planeamiento y ordenanzas aprobados*.¹⁴⁰ De manera que tras la aplicación de dicha medida se restablecería la legalidad y cesaría el ataque al bien jurídico tutelado. Este entendimiento de la demolición, sin naturaleza sancionadora, comporta una serie de **consecuencias**: en primer término, no sería preciso para adoptarla, la observancia de las específicas garantías de un procedimiento sancionador, como son, el principio *ne bis in idem*, ni —lo que es más discutible— la presunción de inocencia o el principio de proporcionalidad.¹⁴¹ En segundo lugar, al no tener carácter sancionador, en principio, la demolición no se regiría por los plazos de prescripción del delito establecidos en el CP.¹⁴² Si bien, en tanto esta medida se ha atribuido al juez penal también podría entenderse que se regiría por el plazo de prescripción del delito urbanístico;¹⁴³ aunque, a su vez, a

140 En este sentido vid. ARREDONDO GUTIÉRREZ, en *Demolición de edificaciones...* Op.cit.pág.23. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., *Demolición por delito...* Op.cit.págs. 87 y ss.

141 Cfr. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., en *Demolición por delito...* Op.cit. pág.74; 26 y 27.

142 Sobre los límites temporales de las facultades de protección de la legalidad urbanística vid. PAREJO ALFONSO, L., *La disciplina urbanística...* Op.cit. pág.161.

143 Según RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, respecto a la Administración correrían los plazos de caducidad establecidos en la normativa urbanística, para la

ello cabría oponer que ninguna referencia expresa se hace, en ese sentido, a la prescripción de la demolición en el Código penal.

De especial importancia resulta aclarar los términos de la exclusión de esta medida del ámbito de aplicación del **principio *ne bis in idem***, dado que *la demolición podrá adoptarse en el ámbito administrativo con independencia de que se condenen a los responsables del mismo ilícito urbanístico que motivó el derribo*, por los delitos del art.319 CP. Con respecto a la autoridad judicial, se plantea si viene condicionada en la imposición de la demolición, por la *regla de preferencia de la jurisdicción penal*.

Conforme a la dinámica procesal que impone esta regla, si respecto a un mismo ilícito sobre el que la Administración tramite un expediente administrativo por infracción urbanística, aparecen indicios delictivos, aquélla deberá ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, absteniéndose el órgano administrativo competente de proseguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado. Así entendida la preferencia del orden jurisdiccional penal, quedó plasmada en el art.274 de la Ley del Suelo (TRLs) de 1992.¹⁴⁴ Además en ese mismo precepto se establecía *in fine* que “la sanción penal excluirá la imposición administrativa, *sin perjuicio de la adopción de medidas de reposición a la situación anterior a la comisión de la infracción.*”

Actualmente cabe entender previsto el principio que nos ocupa en el **art. 42** del Texto Refundido de la Ley del Suelo 2/2008 (R.D.Leg. 2/2008, de 20 de junio, en adelante TRLS 2008).¹⁴⁵

acción de protección de la legalidad, en *Demolición por delito...* Op.cit. pág.122. Cfr. ARREDONDO GUTIÉRREZ *Demolición...*3ª ed., 2009, Op.cit. pág.149.

144 Dicha regla tiene acomodo, con carácter general, en los arts. 133 (concurrentia de sanciones) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el art. 7.1 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (en adelante RPS).

145 Precepto que recoge el contenido de los arts. 225 TRLS de 1976, 56 R.D.U. y 274 TRLS de 1992.

Este precepto que lleva por título “*Infracciones constitutivas de delito o falta*” reconoce en similares términos que el citado art.274 TRLS de 1992 la regla del principio “ne bis in idem” y también añade que: “La sanción penal excluirá la imposición de la sanción administrativa sin perjuicio de la adopción de medidas de reposición a la situación anterior a la comisión de la infracción.”

Entre dichas medidas de reposición, cabe incluir la *demolición de las obras*, de lo que se deduce que Jueces y Tribunales tendrán prioridad para adoptarla porque —conforme con la dinámica procesal expuesta—, al menos teóricamente, deben conocer con carácter previo de las infracciones urbanísticas con indicios delictivos. Lo anterior no excluye que la Administración pueda adoptar la demolición bien cuando el juez la haya denegado, bien si el proceso penal concluye con sentencia absolutoria.¹⁴⁶

Por otra parte, de admitirse el entendimiento según el cual *la medida de demolición no se decreta en concepto de responsabilidad civil*, como consecuencia, si el condenado a ejecutarla —por lo general, autor del delito—, no la lleva a cabo, su inactividad no condicionará la *suspensión de la ejecución de la pena* ni tampoco la *cancelación de antecedentes penales*.¹⁴⁷ Y, por último, cabe cuestionarse *si es posible acordar la demolición aunque ésta no haya sido solicitada por la acusación*. A mi modo de ver, si se admite que no se trata de una medida integrante de la responsabilidad civil derivada del delito, habrá de convenir en que no se precisa la rogación para que pueda adoptarse.¹⁴⁸

146 Y ello, básicamente, porque la incoación de un proceso penal no suspende los trámites (administrativos) para la *restauración* del orden jurídico-urbanístico infringido, a diferencia de los procedimientos sancionadores que sí quedan suspendidos, por lo general, porque así lo establece una disposición legal expresa. Vid. GÓRRIZ ROYO, E., *Protección penal...* Op.cit.págs.1158-1159.

147 Vid. GÓRRIZ ROYO, E., *Protección penal de la Ordenación del Territorio...* Op.cit.pág.1163.

148 Cfr. NÚÑEZ SÁNCHEZ, A., en “Las facultades judiciales de demolición...” Op.cit.págs. 18, 20 y 29. Crf. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., *Demolición por delito...* Op.cit.pág.119.

Pero es que además, como se ha indicado, dado que existe un interés de Derecho público en su aplicación —en tanto se trata de restaurar la legalidad vigente—, no será necesario que sea interesada para acordarla. Por todo ello, la medida de demolición podrá acordarse de oficio, lo que concuerda con el dato de que, en el apdo.3º del art.319. CP esta *facultad se pone en manos de jueces y tribunales*.

En definitiva, para concluir este capítulo, ha de reiterarse que la naturaleza jurídica de la demolición prevista en el ámbito penal no varía con respecto a la naturaleza no sancionadora de esta institución en el ámbito administrativo, pues ambas participan de la misma función: *la tutela reintegradora de la legalidad urbanística*.

6.- El comiso del apartado 3º art.319 CP.

El estudio del apartado 3º del art.319 CP a partir de la entrada en vigor de la LO 5/2010, obliga a analizar la segunda novedosa medida incorporada al ámbito de esta delincuencia, cual es la del *comiso*, al preverse en los siguientes términos:

Art.319.3: “(...) En todo caso se dispondrá el *comiso* de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar”

Desde la *perspectiva político-criminal* la previsión del comiso podría obedecer al *propósito de cubrir un concreto ámbito en que es inaplicable la medida de demolición*. Así, el comiso en materia de delitos del art.319 CP se dirigiría a aquellos supuestos en que no sea posible aplicar la demolición porque, una vez condenado el delito, de él derive una obra que finalmente es legalizada. Por tanto, aunque el comiso específico del art.319.3 CP participe de la *naturaleza, funciones y rasgos* generales del comiso (arts.127-128 CP), su ámbito de aplicación queda acotado, principalmente, al caso en el que la demolición no fuera posible. Cumpliría por tanto, una *función de apoyo y complemento* de la medida de demolición, de modo que se habría introducido a modo de *recordatorio para que Jueces y Tribunales la apliquen*,

de forma obligatoria. Esta idea puede entenderse basada en dos datos: de un lado, su ubicación sistemática en el apartado 3º del art. 319 CP, junto con la demolición y reposición, denota un interés por parte del legislador en complementar aquellas otras dos medidas. De otro lado en cuanto a sus *consecuencias*, como se ha destacado en la doctrina penal,¹⁴⁹ la medida de demolición y el comiso guardan algún paralelismo, que hace que puedan considerarse, a efectos del art.319.3 CP *in fine*, como medidas alternativas entre sí.

Para delimitar el *ámbito de aplicación* del comiso del art.319.3 CP, conviene analizar, en relación con esta medida, de un lado, (a) los fundamentos político-criminales subyacentes a *su previsión específica* en el art.319.3 CP y, de otro, (b) el *régimen general del comiso en el actual Código penal de 1995*.

a) Con respecto a los *fundamentos político-criminales subyacentes a la introducción de esta medida en el art.319.3 CP in fine*, hay que buscarlos en algunos problemas advertidos en sede judicial para aplicar la demolición, así como en concretas propuestas doctrinales que, antes de la LO 5/2010, se manifestaron a favor de acudir *al régimen general de comiso (arts.127-128 CP) en los casos en que no pudiera demolerse la edificación resultante de un delito, por devenir autorizada*. En efecto, en diversas resoluciones judiciales anteriores a 2009 ya se planteaba el problema de excluir la demolición en casos en que fuera efectiva o posible —en el futuro— la legalización de la obra derivada de alguno de los delitos del art.319 CP.

Así en la *SAP de Sevilla de 11 septiembre 2008*, F.D. 6º, se concluye rechazando acordar la demolición en el caso en que: “...después de cometido el delito, la Administración haya decidido reconsiderar la situación legal y haya iniciado efectivamente la tramitación de una modificación del planeamiento a través de la cual la edificación pudiera ser legalizable. En estos casos es

149 Según BOLDOVA la demolición se asemeja al *comiso de los efectos del delito* destinados a ser destruidos en caso en que no sean bienes de lícito comercio, en *Los delitos urbanísticos...* Op.cit.pág.208.

evidente que esta modificación posterior no haría desaparecer el delito (se edificó contraviniendo la legalidad en suelo no urbanizable), pero no tendría mucho sentido acordar la demolición para que, al cabo de un tiempo, pudiera volver a construirse lo mismo que se demolió.” También en la *SAP de Jaén 22 marzo 2007* se apunta, respecto a la demolición, que es posible dejarla sin efecto: “...si, después de establecida la sentencia, se produce una modificación del planeamiento que la convierta en innecesaria (...)”. Incluso en la *SAP de Cádiz 5 diciembre de 2008 (AR ARP 2009\ 241)* se planteó por el Ministerio Fiscal, *aplicar el comiso* en defecto de la demolición; si bien finalmente el Tribunal rechazó acordar ambas medidas por considerarlas desproporcionadas (Vid. FFDD 1º y 2º)

Por su parte, la *doctrina penal* ofreció propuestas encaminadas a remover estas limitaciones a la demolición y complementarla con el comiso. Así POZUELO PÉREZ/DOPICO GÓMEZ-ALLER, plantearon que los casos más importantes en los que había de adoptarse el comiso serían aquellos en que la orden de demolición no fuera posible; básicamente, cuando por el paso del tiempo, “...las necesidades urbanísticas de la zona varían y se modifica el planeamiento urbanístico, que en el momento de dictarse sentencia ya pasa a amparar construcciones en esa zona.”¹⁵⁰ Según estos autores, ello *no determinaría la atipicidad sobrevenida de la conducta*, pero sí la inidoneidad de la demolición, pues ya sería lícito construir allí. Dejando al margen casos en que los cambios en el planeamiento se realicen incurriendo en desviación de poder, en el resto de supuestos, estos autores mantienen que *la alternativa a la no demolición ha de ser el comiso de los efectos del delito y las ganancias procedentes de éste*.

Y ello porque: “en los delitos contra la ordenación del territorio un sujeto sustrae de forma ilícita un aprovechamiento del suelo al construir en un suelo no urbanizable de especial protección. Si a continuación vende la construcción y obtiene con ello una ganancia, es necesario dar la misma respuesta que ante el ladrón que vende su botín.”(cursiva del texto).¹⁵¹

150 Vid. “Demolición o comiso” en La Ley, 19 de mayo 2008, pág.6.

151 Vid. Op.y loc. ult.cit.

Por consiguiente, para estos autores, el comiso de efectos y ganancias (art.127 CP), como consecuencia accesoria de las penas de delitos o faltas dolosas, habría de aplicarse a los delitos del art.319 CP, como plasmación del principio de no tolerancia del enriquecimiento injusto, o más bien, del enriquecimiento delictivo.¹⁵²

Pues bien, analizada brevemente la propuesta, puede afirmarse que la misma pudo estar en la base de la previsión específica del comiso en el art.319.3 CP *in fine* conforme a la LO 5/2010 junto con las resoluciones penales también analizadas. De ahí que la aplicación del comiso habría de tratar de orientarse a los casos advertidos en sede judicial y por la doctrina penal; esto es, supuestos de obras derivadas de la comisión de alguno de los delitos del art.319 (apdos. 1º o 2º CP) y que, tras la correspondiente sentencia de condena, resultan legalizadas “ex post” por algún cambio en el planeamiento llevado a cabo por la Administración. No obstante, aquella propuesta doctrinal y también la previsión del *comiso* conforme al art.319.3 CP *in fine*, plantean algunos inconvenientes que pueden dificultar su aplicación en la práctica.

Principalmente a la hora de *delimitar los casos en que sería posible adoptar la alternativa del comiso* pues, según las propuestas descritas, procedería decomisar edificaciones o construcciones ilegales, ante todo, cuando, antes de dictar sentencia de condena por un delito del art.319 CP o tras ésta, se modificara el planeamiento y se “recalifican” los terrenos, pasando las obras ilícitas a ser, por ende, legalizadas. No obstante, a mi juicio, habría que *distinguir*, en este supuesto, varios casos: porque lo que parece que se está presuponiendo es que, en todo caso, ante un cambio del planeamiento que legalice obras ilícitas, éste no tendría eficacia retroactiva más favorable ni excluiría, por tanto el delito; puesto que se niega una “hipotética atipicidad sobrevenida de la conducta.” Pero a mi entender, en la mayoría de casos, dichos cambios en el planeamiento sí harán que la conducta

152 Además POZUELO PÉREZ/DOPICO GÓMEZ-ALLER plantean una detallada propuesta para establecer la cuantía por la que debe realizarse el comiso. Vid. “Demolición o comiso” Op.cit.págs.6 y 7.

delictiva devenga atípica (v.gr. cuando una transformación en el planeamiento hubiera sido aprobada por los mecanismos legales pertinentes atendiendo a necesidades reales de ampliación de infraestructuras, de expansión de la ciudad; o cuando, por ejemplo, mediante ley autonómica se cambie el contenido de alguna de las categorías de suelo y, sin más, determinado suelo rústico, pase a ser urbanizable). Pero es que además, desde un punto de vista formal, habría que afirmar la atipicidad de la mayoría de ilícitos urbanísticos si se produce un cambio en el planeamiento porque, como es sabido, los delitos del art.319 CP están contruidos sobre la *técnica de remisiones en blanco*. Más aún, tras la reforma penal por LO 5/2010 que ha previsto en los apartados 1º y 2º del art.319 CP la referencia normativa a “no autorizables”. Bien es cierto que la exclusión del delito por dichos cambios en el planeamiento administrativo tropezará, en la jurisdicción penal, con las complejidades del momento procesal en que se aleguen; pero ello no es óbice para admitir, en teoría, la eficacia retroactiva de aquellos cambios puesto que benefician al reo.

Salvo en los casos evidentes en que el acto de aprobación de un cambio en el planeamiento urbanístico este viciado por *desviación de poder* —pues entonces el acto sería anulable (art.63.1 LRJ-PAC¹⁵³) y una vez declarado nulo, las licencias otorgadas a su amparo devendrían ilegales y por ende, las construcciones y edificaciones realizadas serían no autorizadas, esto es, delictivas—, en el resto de supuestos habrá que analizar las concretas circunstancias para determinar si una modificación de planeamiento puede o no integrar la norma penal —lo normal será que sí—; y lo que es más importante, si puede excluir la tipicidad de las conductas delictivas realizadas. Porque en los casos en que pueda excluirse la tipicidad de los delitos del art.319 CP por una “reclasificación” en los suelos y lugares en que se construyó, ya no podríamos hablar de que se ha cometido un delito “doloso” ni por ende aplicar el comiso (ni la demolición) a la edificación o construcción resultante. En conclusión, antes de

153 Como es sabido, en este precepto, se establece que declaran anulables los actos administrativos “que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder”.

aplicar el comiso habrá que comprobar que no se ha excluido la tipicidad por el delito del art.319 CP correspondiente. Y sólo en casos, no muy usuales, en que, tras condenarse por un delito del art.319 CP, se tenga constancia de una inminente legalización de la obra realizada; o cuando, tras la condena por delito urbanístico, se lleve efectivamente a cabo la legalización de la obra en el ámbito administrativo, y —en ambos casos— se siga afirmando la tipicidad del delito, podrá admitirse que dicha obra, en tanto legalizada, no puede ser demolida sino, en su caso, decomisada. En definitiva, en estos supuestos, puede decirse que, en efecto, el comiso iría dirigido a evitar una suerte de “enriquecimiento ilícito” por parte del autor del concreto delito art.319 CP y actuaría como *recurso alternativo* a la demolición, allí donde ésta hubiera podido quedar excluida.

b) Por otro lado, respecto al *régimen general del comiso*, la medida del art.319.3 CP participa de sus principales rasgos si bien interesa destacar unas peculiaridades, propias del ámbito urbanístico donde recae. Pues bien, de entrada, también la regulación del art.127 CP ha sido afectada por LO 5/2010, si bien en aspectos que no inciden de lleno en el art.319 CP.¹⁵⁴

Concretamente el apdo.3º *in fine* del art.319 CP restringe el objeto del comiso a las “ganancias” provenientes del delito —se entiende— del apdo.1º o 2º del art.319 CP. Por tanto ciñéndonos a las *ganancias*, la doctrina penal incluye todo provecho obtenido por el delito, cualquiera que sea su naturaleza (dinero, joyas, valores, etc.).¹⁵⁵ Respecto del apdo. 3º art.319 CP, habrá

154 Sólo cabe destacar el cambio en la configuración jurídica que, a partir del CP de 1995 (y en especial la reforma de LO 15/2003), sufrió el comiso: ante todo, porque dejó de ser una pena (accesoria) para convertirse en una *consecuencia accesoria* del delito. Otro aspecto destacable es que son objetos susceptibles de comiso, los *efectos, bienes, medios, instrumentos y ganancias*, con carácter general y para toda clase de delitos tanto dolosos como —también a partir de LO 5/2010— imprudentes, si la prisión para éstos es de más de un año (art.127.2 CP).

155 Vid. LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena*, 2005 (TOL647.856), *passim*. GUINARTE CABADA, G., *Comentarios al Código penal de 1995*, (coord. VIVES ANTÓN) vol. I, Op.cit.pág.660.

de entender las “*ganancias*” *en sentido amplio*;¹⁵⁶ de modo que, una interpretación lógica y sistemática de este apartado en relación con los apdos. 1º y 2º del art.319 CP, permite considerar por tales “*ganancias*” cualquiera de las obras (construcciones, edificaciones) resultantes de alguno de los delitos del art.319 CP. Aunque, tampoco cabe excluir ganancias de otra naturaleza (v.gr. beneficios por venta, permuta u otra explotación de la obra que origine ganancia a favor del infractor).

Así delimitadas las “*ganancias*” objeto del art.319.3 CP *in fine*, según este precepto las mismas se pueden decomisar “*cualquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.*” Con esta cláusula se reproduce la contenida en el art.127.1, 1º CP, de modo que su interpretación ha de ser coincidente. Es decir, en el régimen general del comiso, esta cláusula permite hacer frente a la situación en que se realiza una inversión económica de las ganancias ilícitas, para así eludir la acción de la justicia.¹⁵⁷ Parece pues, que también ahora respecto de las obras resultantes de algún delito del art.319 CP, se podrá evitar el fácil subterfugio consistente en cambiar de titularidad la obra derivada de ellos (v.gr. vivienda privada inicialmente no autorizada que, tras su legalización, se pone a nombre de un pariente, etc.).

Ahora bien, la aplicación del comiso a cualquier ganancia con independencia de las transformaciones sufridas por la misma, está supeditada en el art.127.1 CP a tres condiciones: que dichas ganancias *no pertenezcan a un tercero de buena fe*, que éste no sea responsable del delito y que las haya conseguido legalmente. No obstante, en el art.319.3 CP *in fine*, no se alude a estos requisitos, lo cual puede interpretarse como una obviedad que el legislador

156 Y ello porque de entenderse las “*ganancias*” *en el sentido estricto*, es decir, sólo las evaluables por su contenido económico, podrían excluirse del ámbito de aplicación del comiso, por ejemplo, la obra realizada por el particular “*auto-constructor*”, sin un valor evidente, pero de la que disfruta como vivienda. Vid. GÓRRIZ ROYO, E., *Comentarios a la reforma del Código penal de 2010...* Op.cit.pág.377

157 Vid. LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación...* Op.ult.cit. Cfr. GUINARTE, CABADA, G., *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. I., Op.cit.pág. 661.

no quiso plasmar dado que ya se aplica la previsión con carácter general del art.127.1 CP. Y ello porque si se entiende que no rige este régimen general respecto a los delitos del art.319 CP, se estaría haciendo de peor condición a los terceros de buena fe en el ámbito de los delitos sobre la Ordenación del Territorio, que en relación con el resto de delitos. Por tanto y, a diferencia de la demolición en que la presencia de terceros de buena fe no impide que se decrete, en el comiso del art.319.3 CP *in fine*, la presencia de dichos terceros —cumpliendo con el resto de requisitos— *sí impediría el decomiso de cuantas ganancias (v.gr.obras, edificios, construcciones, etc.) derivaran de la comisión de alguno de los delitos del art.319 CP.*¹⁵⁸

Con respecto a la configuración del comiso en el art. 319.3 CP *in fine*, ha de apuntarse que parece que sólo sea de *aplicación obligatoria* si se demuestra que es *imposible la demolición* de la obra por legalización de la misma, a pesar de recaer sentencia penal condenatoria. Y ello por cuanto, en aquel precepto, se alude a que “*en todo caso se dispondrá el comiso de las ganancias provenientes del delito...*” Esta referencia puede interpretarse a la luz del régimen del art.127.1 CP, del que la doctrina penal entiende que, dado que el comiso ha pasado a considerarse una consecuencia accesorio, su aplicación *no es preceptiva*, en el bien entendido que no queda a decisión discrecional de los Tribunales, sino que es una medida controvertible en juicio.¹⁵⁹ Y de ahí

158 Téngase en cuenta, no obstante, que según LLORCA ORTEGA, del examen del art. 127 CP, “...y en concreto de las formalidades exigidas al tercero para considerarle como titular legítimo, el T.S. construye una especie de inversión de la prueba: el bien, el efecto, el instrumento, etc. se ha de intervenir mientras no conste la pertenencia a un tercero, y es a éste a quien le corresponde demostrar que es tercero de buena fe, ajeno a la actividad delictiva y que ha adquirido legalmente. Dictada sentencia, y en tanto no haya adquirido firmeza, quien se considere perjudicado por el comiso acordado en ella, y aunque no haya sido parte, podrá lógicamente recurrir la resolución. (sentencias de 16 de julio de 2001, 17 de mayo de 2002)”, en *Manual de determinación de la pena*, Op. y loc. ult.cit.

159 Así vid. QUINTERO OLIVARES, G., “La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil” en QUINTERO/CAVANILLAS/ DE LLERA, *La Responsabilidad Civil “Ex Delicto”*, 2002, págs.45 y 46.

la conveniencia de que se someta expresamente a debate con el Ministerio Fiscal.

Asimismo conforme a este entendimiento del comiso, su aplicación queda condicionada por el dato de que esté *satisfecha la responsabilidad civil derivada del delito*; de manera que si no se ha cumplido con la reparación del daño producido por el delito, la incautación del bien —edificio o construcción— habrá de destinarse, con finalidad prioritaria, a indemnizar al perjudicado (art.127.5 CP).¹⁶⁰ Respecto a los delitos del art.319 CP dichos perjudicados podrían ser, según los casos, tanto los llamados “terceros de buena fe” como la propia *sociedad*. Y, en consecuencia, si hubiera un remanente tras el pago de las eventuales responsabilidades civiles —mediante los efectos y ganancias decomisados—, éste se transmitiría de forma inmediata y definitiva al Estado.

Por ultimo, cabe advertir que para el comiso *no rige la prescripción del delito ni de la pena* (art.127.4 CP), de manera que aún cuando hubiese prescrito alguno de los delitos del art.319 CP, cabría ordenar el comiso de los efectos o ganancias del delito.

7.- A modo de conclusión

Como conclusión final de este estudio conviene destacar la creciente importancia de las instituciones estudiadas y previstas en el art.319.3 CP, con respecto a los delitos sobre la Ordenación del Territorio. Hasta tal punto es así que cabe apreciar un desplazamiento del interés en sede jurisdiccional, hacia el análisis de los criterios para la aplicación de aquellas medidas, existiendo incluso pronunciamientos opuestos a la hora de aplicar, concretamente, la demolición.

Con respecto a esta medida, el presente trabajo concluye interpretándola como una medida de *restauración de la legalidad, urbanística* y por tanto una medida no sancionadora ni integrada

160 Antes de la LO 5/2010, vid. art.127.4 CP. Respecto a éste vid. GUINARTE CABADA, G., *Comentarios al Código penal* ... Op.cit.pág. 662. Vid. QUINTERO OLIVARES, “La responsabilidad criminal...” Op.cit. pág.47.

en la responsabilidad civil “ex delicto”. Asimismo, desde la perspectiva de su contenido, se defiende la autonomía conceptual de la demolición respecto de la *medida de reposición al estado originario* introducida por LO 5/2010 en el apartado 3º art.319 CP, por más que ambas participen de la misma naturaleza de medidas reintegradoras de la legalidad. Y, por último, el instituto del *comiso* ha podido configurarse como un recurso alternativo a la demolición, si bien su aplicación no resultará tan automática como pudiera pensarse, sino que habrá de ponderarse, en el caso concreto, a la luz, sobre todo de las posibilidades de legalización de las obras delictivas. En definitiva, más allá de la delimitación de estos rasgos, las tres medidas aquí estudiadas y previstas en el art.319.3 CP tiene en común, contribuir al que parece ser el propósito de la reforma penal que las ha introducido; esto es, *intensificar la intervención penal en materia de Ordenación del territorio*.

Bibliografía

- ACALE SÁNCHEZ, M., *Delitos urbanísticos*, Barcelona, Cedecs, 1997.
- ALASTUEY DOBÓN, C., en GRACIA MARTÍN, L./BOLDOBA PASAMAR, M.A./ALASTUEY DOBÓN, M.C., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español* (coord. Gracia Martin), Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- ARREDONDO GUTIÉRREZ, J.M., *Demolición de edificaciones ilegales y protección de la legalidad urbanística*, Granada, 2000; el mismo autor y obra, en su 3ª edición (2009).
- BOIX REIG/JUANTEY DORADO, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- BOLDOVA PASAMAR, M.A., *Los delitos urbanísticos*, Atelier, Barcelona, 2007.
- CABANILLAS MÚGICA, S.: “Efectos de la responsabilidad civil “ex delicto”: reparación del daño”, en QUINTERO OLIVARES/CAVANILLAS MÚGICA/ DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, *La responsabilidad civil “Ex Delicto”*, Aranzadi, (Navarra), 2002.

- CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal: (doctrina y jurisprudencia)*, Madrid, CGPJ, 1999.
- CONDE-PUMPIDO TOURON, C., “Los delitos urbanísticos o relativos a la ordenación del territorio” (dir. BAJO FERNÁNDEZ), *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ Madrid, 1999.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., en ARAGONESES MARTÍNEZ/ HINOJOSA SEGOVIA/MUERZA ESPARZA/ TOMÉ GARCÍA, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1997.
- DE MIGUEL PERALES, C., *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, 2ª ed., 1997.
- DOMINGO LUIS, J.A./ FERRÉ DÍAZ, E., *Los delitos relativos a la Ordenación del territorio*, Valencia, Ediciones Revista General de Derecho, 1998.
- GARCÍA PLANAS, G., *El delito urbanístico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.
- GARCÍA RUBIO, F., *Estudios de Derecho Urbanístico*, Madrid, 2003.
- GÓMEZ COLOMER, J.L., en MONTERO AROCA, J./GÓMEZ COLOMER, J.L./MONTÓN REDONDO, A./BARONA VILAR, S., *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*. 8ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *La rehabilitación Urbanística*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- GÓRRIZ ROYO, E.: *Protección penal de la Ordenación del Territorio. Los delitos contra la Ordenación del Territorio en sentido estricto del art.319 CP*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- *Los delitos de prevaricación urbanística*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- “Los delitos sobre la ordenación del territorio: arts.319 y 320 CP” en ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- GRANADOS PÉREZ, C., “Daño civil derivado del delito” en *La responsabilidad civil y su problemática actual*,

- (coord. MORENO MARTÍNEZ, J.A.), Madrid, Dykinson, 2007.
- GUISASOLA LERMA, C., *Delitos contra el patrimonio cultural: artículos 321 a 324 del Código penal*, Valencia, 2001.
- GUINARTE CABADA, G. en *Comentarios al Código penal de 1995*, (coord. VIVES ANTÓN) vol. I.
- IZQUIERDO MARÍN, P., “Irresponsabilidad penal y responsabilidad civil” en *Responsabilidad civil “ex delicto”* (dir. MARQUEZ DE PRADO PÉREZ), *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 2005.
- JUAN SÁNCHEZ, R., *La responsabilidad civil en el proceso penal (Actualizado a la Ley de Juicios Rápidos)*, Ed. La Ley, Madrid, 2004.
- LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena*, 2005 (TOL647.856).
- LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*. Madrid, 1996.
- MÁRQUEZ DE PRADO PÉREZ, J., “Efectos de la responsabilidad civil “ex delicto”. Indemnización de los daños materiales, corporales y morales”, en *Responsabilidad civil “ex delicto”* (dir. MÁRQUEZ DE PRADO PÉREZ), *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 2005.
- MOLINA BLAZQUEZ, C., “La responsabilidad civil en el Código penal de 1995”, en *Poder Judicial*, nº. 38, 1995.
- MONTÉS PENADÉS, V.L., en VVAA (coord. T.S. VIVES ANTÓN), vol. I, *Comentarios al Código penal de 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- NUÑEZ SÁNCHEZ, A., “Las facultades judiciales de demolición de construcciones y edificaciones ilegales del artículo 319.3 Código penal”. Ponencia del curso *El futuro de la Ordenación Territorial*, organizado por el Instituto Andaluz de Administración Pública de la Consejería de Justicia y Administración Pública de Andalucía (Sevilla, 14 a 16 noviembre 2006). En imprenta (se cita el ejemplar electrónico, formato *Word*, proporcionado por el autor).
- PAREJO ALFONSO, L., *La disciplina urbanística*. Madrid, Iustel, 2006.

- PAYÀ GASENT, “La demolición en las infracciones urbanísticas: Aproximación a los criterios jurisprudenciales en la aplicación del principio de proporcionalidad”, *RDU*, núm.99 (1989).
- POZUELO PÉREZ, L: “La reparación del daño al medio ambiente” en *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español* (dir. JORGE BARREIRO), Granada, 2005.
- / DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Demolición o comiso”, en Diario *La Ley*, 19 de mayo de 2008.
- QUINTERO OLIVARES, G.: “Infracciones urbanísticas y delitos relativos a la ordenación del territorio”, *Las fronteras del Código penal y el Derecho Administrativo Sancionador*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1997.
- “La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil” en QUINTERO OLIVARES/CAVANILLAS MÚGICA/DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, *La Responsabilidad Civil “Ex Delicto”*, Aranzadi, (Navarra), 2002.
- “Efectos de la responsabilidad civil “ex delicto”: el carácter preferente de la restitución”, en QUINTERO OLIVARES/CAVANILLAS MÚGICA/LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, *La responsabilidad civil “Ex delicto”*, Aranzadi, Navarra, 2002.
- “La responsabilidad civil y la reparación en la política criminal contemporánea” en Responsabilidad civil “ex delicto” (dir. J.MÁRQUEZ DE PRADO PÉREZ), *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 2005.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I.: “El restablecimiento del orden jurídico urbanístico en vía penal: la demolición de la construcción o edificación ilegal”, en *Red de Fiscales Medioambientales de Andalucía. Memoria 2007*, Fiscalía Superior de Andalucía, Ed.Consejería de Justicia y Administración pública, 2008.
- *Demolición por delito. El restablecimiento de la legalidad urbanística en la vía penal*, Granada, 2009.
- ROIG TORRES, M.: *La reparación del daño causado por el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

- *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- SÁNCHEZ DOMINGO, M.B., *Delitos urbanísticos*, Lex Nova, Valladolid, 2008.
- SANTOS DíEZ, R./COSTELAO RODRÍGUEZ, J., *Derecho urbanístico. Manual para Juristas y Técnicos*, 2005.